

شرح مِثْلِ الْقَائِمِ

في بيان معنى قوله تعالى
الشمس ١٠٠

على حقيقة الحقائق في كتابه العظيم
في بيان معنى قوله تعالى
الشمس ١٠١

الشمس ١٠٢

الشمس ١٠٣

في بيان معنى قوله تعالى
الشمس ١٠٤

الشمس ١٠٥

الشمس ١٠٦

الشمس ١٠٧

الشمس ١٠٨

المكتبة الوقفية

بمكة المكرمة - شارع الملك عبدالعزيز

٥٧٧٤١٠ / ٥٥٠٠٠٠٠

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

شرح مِثْلَةِ الْفَاسِي

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي
المتوفى سنة ١٠٧٤ هـ

على تحفة الحطام في نكت العقود والأحكام
لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي
المتوفى سنة ٨٢٩ هـ

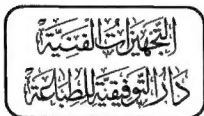
وبالامش ماسية
لأبي يحيى الحسن بن أحمد بن أبي الطاهر الأندلسي
المتوفى سنة ١١٤٠ هـ

دولة وتحقيق

مصطفى زهران

الجزء الأول





جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لمكتبة التوفيقية (القاهرة - مصر) ويحظر طبع
أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنسيق الكتاب كاملاً
أو مجزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله
على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية
إلا بموافقة الناشر خطياً .

Copyright ©

All Rights reserved

Exclusive rights by Al Tawfikia Bookshop
(Cairo - Egypt) No part of this publication
may be translated, reproduced, distributed
in any form or by any means, or stored in
a data base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher .

المكتبة التوفيقية

القاهرة - مصر

العنوان : أمام الباب الأخضر - سينما الحسين

تليفون : ٥٩٠٤١٧٥ - ٥٩٢٢٤١٠ (٠٢٠٢)

فاكس : ٦٨٤٧٩٥٧

Al Tawfikia Bookshop

Cairo - Egypt

Add : in front of the Green Door Of El Hussen

Tel : (00202) 5904175 -5922410

Fax : 6847957

shalan@eltawfikiaipress.com

إشراف

توزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

إن الحمد لله...

نحمد سبحانه ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ به من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، إنه من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧١، ٧٢].

أما بعد...

فإن أصدق الحديث كتاب الله، وخير الهدي هدي نبينا محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار.

من يرد الله به خيراً يفقهه في دينه، ويلهمه رشده، وينير بصيرته، فנסأل الله علماً نافعاً، وقلباً خاشعاً، ودعاءً مجاباً، إنه ولي ذلك، والقادر عليه.



ترجمة صاحب الشرح

هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي المالكي الشهير بميارة. فقيه، ولد سنة ٩٩٩ هـ / ١٥٩١ م، وتوفي سنة ١٠٧٢ هـ / ١٦٦٢ م.

من مصنفاته:

الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.

تكميل المنهج ذيل به نظم الزقاق.

الدر الثمين والمورد المعين في شرح مرشد المعين لعبد الواحد الفاسي.

الروض المبهج في شرح تكميل المنهج.

ريدة الأوطاب في اختصار الخطاب.

شرح مختصر الشيخ خليل.

مختصر الدر الثمين له.

ونصيحة المغترين في الرد على ذوي المنفرقة بين المسلمين.



ترجمة صاحب الحاشية

هو أبو علي الحسن بن رحال بن أحمد بن علي التدلوي ثم العدناني المغربي المالكي،
ويدعى بصاعقة العلوم. فقيه مشارك في أنواع من العلوم. تولى القضاء بالدار البيضاء،
وتوفي بمكناس في ٣ رجب سنة ١١٤٠ هـ / ١٧٢٨ م.

من تصانيفه:

شرح على مختصر خليل في فروع الفقه المالكي.

الإرفاق في مسائل الاستحقاق.

حاشية على شرح تحفة ابن عاصم.

وحاشية على شرح الشيخ ميارة، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

قال الشيخ الإمام العالم العلامة الذرّة الفهامة شيخ الإسلام ومفتي الأنام أبو عبد الله سيدي محمد بن أحمد ميارة قدس الله سرّه وأعلى في الدارين قدره:

الحمد لله المنفرد بالحكم والتدبير، المستبد بالقضاء والتقدير، الذي شرح الأحكام للعباد، وكفهم بتنفيذها عن الظلم والفساد، وأتمم الحكم بالشرائع الإسلامية، وأغناهم بها عن السيامة الكسورية، وعصمهم باتباعهم المنقول، عن تحكيمهم بتحقيق العقول، فله الحمد والشكر بكلّ لسان، من كلّ ملك ورجل وإنسان، وصلوات الله التي لا تحصى عدداً، وسلامه الذي لا ينقضي أمداً، ورضوانه ونحياته، ورحمته وبركاته، المسرمدات أبداً على العلم الأكبر، والسيد الأطهر، متلقي السرّ من شديد القوى، فلا ينطق عن الهوى سرّ الوجود، وعين الجود سيد الكونين ورسول الملك الأعلى إلى الثقلين، النبيّ الممجّد، سيّدنا ومولانا محمد ﷺ أرسله بالهدى ودين الحقّ ليظهره على الدين كلّ، وعلمه من لدنه علماً عجزت أفكار الخلق عن الإحاطة بأقله وحلاه من أخلاقه الرحمانية بكلّ خلق كريم، فقال تعالى: ﴿وَأَنَّكَ لَـعَلَى خَلْقٍ عَظِيمٍ﴾ [القلم: ٤]، فجعله للمهتدين سراجاً منيراً، ونزك الفرقان عليه ليكون للعالمين نذيراً، يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويدلّهم على الله بما يعرف من الأدلة ولا ينكر، ويحلّ لهم الطّيّبات ويحرّم عليهم الخبائث، ويقرّر ذلك لهم بنصح تحرك لقبوله البواعث، ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت قبل ذلك عليهم وبين لهم دينهم امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤]. فقام ﷺ بأعباء الرّسالة، مع تحرير المقالة، وإيضاح الدلالة، ولم يأل جهداً في الإرشاد والتّهنّيب، والتّبصرة والتّقريب، والإجمال للأحكام والتّفصيل، والبيان والتّحصيل، فبين كل منهج مقصود، وكلّ مقصد محمود، كل ذلك بلفظ مختصر، وتوضيح يزيل الغبر، وكلام فائق، ومعنى رائق مبين للحقائق، وأخذ من البلاغة بالعري الوثائق غني عن استتاج المقدمات، وكفيل بإيضاح المبهّمات، حتّى صارت قواعد دينه معينة، لا يحتاج المدعي فيها إلى بيّنة، ففتح لأمته باب الاجتهاد والقياس الذي له إلى الكتاب والسنة استناد؛ لئلا يكون على المؤمنين حرج، ولا يرى في دينهم عوج، وليكون للمجتهد المخطئ أجر وللمصيب أجران، ويؤتي الكلّ من رحمته كفلين، فوجب علينا الاعتصام بسنّته بعد وفاته كما وجب علينا الانقياد له في حياته، قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يَوْمُنُونَ حَتَّى يَحْكُمَوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيَسْأَلُوكَ تَسْلِيماً﴾ [النساء: ٦٥]، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذريته وسلم تسليماً، صلاةً وسلاماً نال من الله بهما جميل الرضا، ونجدهما عدّة ليوم فصل القضاء، ورضي الله

تعالى عن أئمة الهدى، ونجوم الاقتداء، ومعالم الدبابة، ومعقل الامانة، ساداتنا أهل بيته الذين اذهب الله عنهم الرجس وطهرهم، وأعلى على كل آل قدرهم وأشهرهم، وأئمتنا أصحابه الذين آمنوا وهاجروا، والذين آووا ونصروا، القاسمين بنصرته، الحاملين لشريعته، وعلي من أحسن من أتباعهم، وجد من السلف والخلف في أتباعهم، ما دام هذا الذين موطنًا بالقواعد البيئية، وفروع الشريعة وأصولها في كتب الأئمة مدونة .

أما بعد؛ فإن علم أحكام القضاء، هو من الدين بمنزلة الرأس من سائر الأعضاء، وآدابه من أجل الآداب المرعية، وخطته من أعظم الخطط الشرعية، ركن من أركان الشريعة بل هو أسها، ورئيس العلوم الإسلامية بل هو رأسها، ولذلك قيل: القائمون من البشر ببعثهم هم رسل الله أو ورثتهم من خلقه. فقام بها في هذه الملة رسول الله ﷺ ومن بعده الخلفاء الراشدون، ولما تميز الملك من الخلافة صار يختار لها الأئمة المهتدون، وقد ألف الناس فيه قديمًا وحديثًا؛ وسار العلماء في تبين أصوله وقواعده سيرًا حثيثًا، ما بين ناثر مطنب وموجز وناظم قصيدة أو مرتجز، وإن من أجل ما ألف فيه من المختصرات، التي أغنت عن كثير من المطولات، رجز الإمام العالم القاضي الرئيس الوزير الأعظم، أبي بكر محمد بن محمد عرف بابن عاصم، فهو جامع لكثير من مقاصده " محتوي على جم غفير من فوائده، مع سلامة نظمه، وجزالة لفظه، وقلة تعقيد وسهولة حفظه، يشهد بذلك العيان، وليس من بعده بيان، وقد اعتنى بشرحه من بعده، ونثر اللآلئ المنظومة في عقده، ولده الإمام قاضي الجماعة أبو يحيى محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي ذكر في شرح تحفة والده أنه ولي القضاء عام ثمان وثلاثين وثمان مائة، احتفل فيه بجودة القريحة، وأكثر من النقول الصحيحة، فأبدأ وأعاد وأجاد وأفاد، فجزاه الله خيرًا، وأجزل أجرًا، إلا أنه قد أغفل عن حل مفصلاته، ما يعده الخلق من معضلاته، ثم شرحه بعده بعض المتأخرين وهو ابن العباس سيدي أحمد بن عبد الله يعرف بالسيرتاسني نسبًا واشتهارًا، العبد المرادي أصلًا ونجارًا التلمساني نشأة ودارًا، شرحًا اعتنى فيه بتفكيك العبارة، وأغنى بالتصريح عن الإشارة، إلا أنه لم يشف في النقل غليلاً، ولا أبرأ من ذاء الجهل غليلاً، وقد شرحه أيضًا بعض أئمة المالكية من أهل المحلة من مصر ولم يصل شرحه إلينا.

ولما من الله علينا بإقرائه وقراءته واستعمال الفكر في تفهيم عبارته، وقيدنا على هوامش المتن والشرح ما هو كاللتمت للشرح وأبرزنا من نكتته وتحريراته ما فيه لطالبه قوة العين طلب منا بعض من عاين ذلك من الأصحاب، وشاهده من ذوي الالباب، أن أشرحه شرحًا كافيًا بمحصل الشرحين، حائزًا لكلتا الفضيلتين، من إيراد ما يحتاج إليه الناظر من النقل، وتبيين العبارة حتى يتضح معناها للعقل مطرقة ذلك بفوائد يحتاج إليها الناظر، وقواعد يستعين بها المناظر، ونتيحات وتحقيقات، تزيل الشبهات، فجاء بحمد الله تعالى

شرحاً بمقصود طالبه وإفياً، وبسهم صائب في مؤلفات الفقه رامياً، نسال الله أن يجعله من الأعمال التي لا تنقطع بالوفاة، ولا تعقب صاحبها حسرة الفوات، وأن ينفع به كما نفع بأصوله، كل من رغب من المؤمنين في تحصيله وحصوله، ويجعله وصله بيننا وبينه، وينيلنا به في الدارين غفرانه وأمنه، إنه سميع مجيب، رحيم قريب، وسميته (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام) جعله الله خالصاً لوجهه، ومقرباً من رحمته.

قال رحمه الله تعالى:

الحمد لله الذي يقضي ولا يقضى عليه جلّ شأنًا وعلا
ثم الصلاة بدوام الأبد على الرسول المصطفى محمد
وآله والفقّة المتبعمه في كلّ ما قد سنّه وشرعه

قال الشّارح ولد النّاظم رحمة الله على الجميع في طالعة شرحه في التعريف بوالده النّاظم القاضي أبي بكر محمد بن عاصم ما نصّه وقد رأيت أن أقدم بين يدي الكلام فصلاً يتضمن التعريف بمشايخه الشّيخ والذي رحمه الله ويتأليفه ومولده ووفاته ولد رحمه الله ثاني عشر جمادى الأولى من عام ستين وسبعمائة وتوفيّ حادي عشر شوال من عام تسعة وعشرين وثمانمائة ومن شيوخه الشّيخ الأستاذ المفتي الشهير أبو سعيد فرج بن قاسم ابن لبّ والأستاذ أبو عبد الله محمد القسجاطي وناصر السنة الأستاذ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشّاطبي وقاضي الجماعة الحافظ أبو عبد الله محمد بن علاق وخاله قاضي الجماعة أبو بكر أحمد ورئيس العلوم اللسانية أبو محمد عبد الله ابن الخطيب الشهير أبي القاسم بن جزّي والشّريف الشهير أبو محمد عبد الله ابن الشّريف العالم أبي عبد الله محمد التلمساني والقاضي الرّحال أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله ابن الحاج التميمي والشّيخ أبو الحسن علي بن منصور الأشهب والأستاذ أبو عبد الله محمد بن علي البلنسي رحمهم الله أجمعين (ثم) عدّ جملة من تأليفه في الأصول والقراءات والفرائض والنحو ومن جعلتها هذا النّظم.

قال مقيد هذا الشّرح سمح الله له: وقد أنشدنا صاحبنا الفقيه المؤقت الفرضي العدديّ الحاجّ أبو عبد الله سيدي محمد ابن الشّيخ الأستاذ سيدي أبي القاسم ابن القاضي بيّنّا لنفسه رمز فيه لولادة النّاظم ووفاته وبلده على طرق نظم الوفيات للكاتب الفشتالي في كونه من بحر الطويل والرمز للوفاة بالحروف بحسب الجمل فقال:

وقد رقصت غرناطة بابن عاصم وسحت دموعاً للقضاء المنزك

فرمز لسنة الولادة بالرّاء والقاف والصّاد والتّاء المثناة ومجموع ذلك بالحساب المذكور ستون وسبعمائة رمزاً للوفاة بالسّين والحاء والتّاء والدّالّ والميم والواو والعين والالف ومجموعها بالحساب المذكور ثمان مائة وتسعة وعشرون وفي تعبيره بالرقص إشارة إلى الولادة المفروحة بها إذ الرقص إنّما يكون عند الفرح غالباً كما أنّ في التعبير بسحّ الدّموع

والقضاء المتزكّ الإشارة للموت وافتتح الناظم بحمد الله عملاً بمقتضى الكتاب العزيز والسنة الكريمة فإنه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح خطبه ومواعظه بحمد الله تعالى وخرج أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كل كلام لا يبتدأ فيه بحمد الله فهو أجذم» ^(١) وفي رواية النسائي «كل أمر ذي بال لا يبتدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» ^(٢) وأجمع العلماء على افتتاح تأليفهم بالثناء على الله تعالى إما بلفظ الحمد لله وهو الغالب أو بغيره كالسملة وقد أكثر المؤلفون الكلام في الحمد والشكر وأخصر ما رأيت الآن في ذلك كلام الشيخ خالد الأزهري في شرح توضيح ابن هشام ولفظه: الحمد لغة الوصف بالجميل الاختياري على قصد التعظيم والوصف لا يكون إلا باللسان، فيكون موره خاصاً وهذا الوصف يجوز أن يكون بإزاء نعمة أو غيرها فيكون متعلقه عاماً والشكر على العكس لكونه لغة فعلاً ينبئ عن تعظيم المنعم من حيث إنه منعم على الشاكر أو غيره فيكون موره اللسان والجنان والأركان ومتعلقه النعمة الواصلة إلى الشاكر فكل منهما أعم وأخص من الآخر بوجه ففي الفضائل حمد فقط وفي أفعال القلب والجوارح شكر فقط وفي أفعال اللسان بإزاء الإنعام حمد وشكر. والحمد عرفاً فعل يشعر بتعظيم المنعم من حيث إنه منعم على الخامد أو غيره والشكر عرفاً صرف العبد جميع ما أنعم الله به عليه من السمع وغيره إلى ما خلق لأجله فالشكر أخص مطلقاً لاختصاص تعلقه بالباري تعالى ولتقيده بكون المنعم منعماً على الشاكر وغيره ولوجوب شمول الآلات فيه بخلاف الحمد انظر تمام كلامه إن شئت.

وإنما قال في حدّ الحمد الوصف بالجميل والوصف لا يكون إلا باللسان لأن مقصوده تعريف الحمد الواقع في الكتاب المشروع وهو كذلك وصف باللسان ومن أراد تعريف الحمد القديم والحادث قال هو الثناء بالكلام لأن الكلام يشمل القديم والحادث والحمد والمدح بمعنى ويفترقان بأن الحمد خاص لأولي العلم والمدح يكون لأولي العلم وغيرهم وقوله في حدّ الشكر صرف العبد... إلخ زاد بعضهم كصرف النظر إلى مطالعة مصنوعاته والسمع إلى تلقي ما ينبئ عن مرضاته والاجتناب عن منهيّاته وآل في الحمد لاستغراق الجنس وهي التي يصلح في موضعها «كل» نحو: «إن الإنسان لفي خسر» [العنبر: ٢] وذلك لأن الحمد إما قديم وهو حمد الله تعالى لنفسه أو لمن شاء من عباده أو حادث وهو حمد العباد لربهم سبحانه أو لبعضهم، فالقديم صفته ووصفه، والحادث خلقه وملكه فالحمد كله له ولا ملام لللاستحقاق أي جميع المحامد مستحقة لله تعالى وقيل: غير ذلك واسم الجلالة علم على الذات العلية الواجبة الوجود المستحقة لجميع المحامد وهو أشهر أسمائه تعالى وقد قبض الله تعالى عنه الألسن فلم يتسم به أحد قال تعالى «هل تعلم له سمياً» [مریم: ٦٥] أي هل تعلم أحداً تسمى الله استغفاماً بمعنى الثني أي لم يتسم به غيره وهو أعرف المعارف

(١) [حديث ضعيف]: أخرجه أبو داود (٤٨٤٠)، والنسائي (١٠٣٢٨) في الكبرى، وابن ماجه (١٨٩٤)، وأحمد في المسند (٣٥٩/٢)، وابن حبان في صحيحه (١، ٢)، والدارقطني في سننه (٨٧٢، ٨٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٣، ٢٠٩)، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (٢) قلت: وفيه قرعة بن عبد الرحمن وضعفه ابن معين وأحمد وأبو زرعة وأبو حاتم والنسائي وقال الحافظ في التقریب (٥٧٣١) صدوق له منكر.

(٢) [حديث ضعيف]: تقدم فيما قبله.

قاله سيويه (وروي) أنه رثي في النوم فأخبر أنه رأى خيراً كثيراً بسبب قوله ذلك، وقوله الذي يقضي ولا يقضى عليه هو وصف لله تعالى قال الشارح - رحمه الله - ويتضمن هذا الاستفتاح من محاسن الكلام العبر عنها عند أهل هذا الشأن بالألقاب البديعية النوع المسمى عندهم ببراعة الاستهلال، وهي دلالة استفتاح الكلام على ما يقصده للتكلم من الغرض في مضمون جملة وهو في هذا الكلام وصف الله سبحانه بأنه يقضي ولا يقضى عليه لما كان قصده أن يتكلم في أحكام القضاء، وفي قوله: ولا يقضى عليه إشارة لطيفة إلى كون القاضي مقضياً عليه من مولاه سبحانه وتمن ولاه فما أحقه أن يستشعر بذلك الخوف من الجور، وأن يتوخى الإصابة للعدل بأن الذي بيده من القضاء إنما هو مجاز يماثله ما بيد من ولاه ويبد الملك الحق القضاء حقيقة ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقْضَى الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ [الأنعام: ٥٧] وقرئ: «يقضي الحق» اهـ. وجل: فعل ماضٍ ومعناه عظم وشأنًا: تميز منقول من الفاعل أي عظم شأنه وعلا بفتح العين عطف على جل فعل ماضٍ أيضاً، قال بعض من شرحه: ويحتمل أن يكون اسم مصدر معطوفاً على شأنًا أي جل شأنه وعلاؤه وقصره ضرورة، ولما حمد الله تعالى أتبعه بالصلاة على نبيه ﷺ للأمر بها في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٦] والصلاة الرحمة وهي من الله تعالى زيادة تكرمه وإنعام ومن العباد عبادة، وهي وإن كانت بمعنى الرحمة ولكن في التعبير عن الرحمة بالصلاة من التعظيم ما ليس في لفظ الرحمة، وبدوام متعلق بمحذوف حال من الصلاة أي مؤقتة، والأبد حركة الفلك، والمصطفى المختار وآله ﷺ: أقاربه المؤمنون من بني هاشم والفتة الجماعة، والمتبعة بكسر الباء ويجوز فتحها، والمراد بهم الصحابة والتابعون ﷺ أجمعين، ولا شك أنهم متبعون لما سنه ﷺ وشرعه ويتبعهم من بعدهم في ذلك أيضاً ومعنى سنه وشرعه، أي جعله سنة وشرعية والمجرور متعلق بالمتبعة قال رحمه الله:

وبعد فالقصد بهذا الرجز تقرير الأحكام بلفظ موجز
أثرت فيه الميل للتبيين وصيته جهدي من التضمن
وجئت في بعض من المسائل بالخلف رعيًا لاشتهار القائل
فضمنه المفيد والمقرب والمقصود المحمود والمنتخب

(بعد) من الأسماء اللازمة للإضافة وإذا قطع عنها لفظاً بني على الضم والمضاف إليه منوي تقديره وبعد ما ذكر من الحمد والصلاة، و الرجز أحد بحور الشعر الخمسة عشر التي أولها الطريل وآخرها المتقارب، وهو مسدس الدائرة مركب من مستعلن ست مرات، ويقرأ لفظ الأحكام بنقل حركة الهمزة للسكان قبلها للوزن وهو جمع حكم، والمراد به الفقه المتقرر في الكتب المعتمدة كالمندونة وغيرها ليفصل بها بين الخصوم. والموجز: المختصر قليل

اللفظ كثير المعنى وأثرت بمدّ الهمزة بمعنى اخترت وفضلت ومنه: «ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة» والميل: الجنوح والركون والتبين: مصدر بين والصنن: الحفظ ومعنى جهدي: طاقتي ووسعي وهو بضم الجيم، والتضمن افتقار معنى البيت إلى الذي بعده لكونه خبراً أو جواب شرط أو استثناء أو نحو ذلك مما لا يتم معنى الكلام إلا به، وسمي تضميناً؛ لأنه ضمن البيت الثاني معنى البيت الأول؛ لأن الأول لا يتم إلا بالثاني، وهو عند العروضيين من عيوب الشعر. وفيه يقول الخزرجي: وتضمنها إحواج معنى لذا وذا، وفيه يقول ابن الحاجب: في لاميته في العروض في ترجمة العيوب:

تضمنهم أن يكون البيت مفتقراً إلى الذي بعده كأنه وصلا

وسمعت من بعض أشياخي رحمه الله أن الناظم عرّض بقوله: وصننه جهدي من التضمن، إلى نظم الفقيه القاضي البليغ أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن الحاج ثمن عاصر ابن رشد، وكان القضاء يدور بينهما ألف في أحكام القضاء كتخفة الناظم لكثرة ما فيه من التضمن وسماهم الياقوتة وفيه ألف بيت وصدده

الحمد لله القديم الباقي	البارئ المصور الخلاق
الحكم العدل الذي لا يسأل	في الأرض والسماء عما يفعل
والملك الحق الذي يقضي ولا	يقضى عليه جل قدره وعلا
سبحانه من واحد تعازما	وعلم العلم أبانا آدمًا
ويعبد فالأهم علم الأديان	لطالب العلوم كل الأحيان
وأجر من قام به عظيم	ويرضاه الله له نعيم
وقد نظمت بعض أحكام القضا	مبتغياً أجراً ونيلاً للرضا
في رجزٍ خولط بالسريع	على سبيل المحدث المتبوع
مستعملاً ما شئت من زحاف	وبعض ما قد عيب في القوافي
وذاك مغفورٌ لدى من أنصفا	في جنب ما جئت به معرفاً
مغلباً تحسيني المعنى على	تحسيني اللفظ الذي عنه انجلي
وما نظمت به بصدق النية	سمي بالياقوتة الالفية
إذ عدّها ينهى إلى القضاة	وغيرهم ألف من الأبيات

ومما وقع فيه من التضمن قوله في رجوع الشاهد عن شهادته:

وإن يك الرجوع بعد الحكم لم يجز ويفرم امتثالاً للحكم

جميع ما أتلّف بالشّهاده فصلٌ وفي بدمٍ وفي إعاده
يلزم من يقضي بأن يسعف من كلّفه الكتب لحكام الزمن
بما به قضى وما قد ثبتا والعمل اليوم وما إن مقتا
على قبول كتب القضاة من غير إشهاد لها ويأتي
منع القبول مع ما عليه عملنا وصغفونا إليه

فانظر في هذه الآيات فإن كل بيت منها لا يتم معناه إلا بما بعده وهو كثير في ذلك
النظم، ولكن يكفي في الاعتذار عن ذلك قوله كما تقدّم.

مغلبًا تحسّيني المعنى على تحسّيني اللفظ الذي عنه انجلى

رحمه الله ونفعنا به وقوله: (وجئت في بعض من المسائل) البيت. أخبر أنّه في
الغالب يقتصر على قول واحد لشهوريته أو جريان العمل به، وفي بعض المسائل يذكر
الخلاف بحيث يحكي قولين أو أكثر لمقاصد له في ذلك إمّا مشهوريتها أو لجريان العمل بها
لكون القائل بها أو ببعضها مشهورًا بالعلم والتحقيق وله صيت ومكانة وشهرة تمنع من
إهمال قوله وعدم حكايته وإن خالف المشهور وما به العمل هنا معنى قوله رعيًا لاشتهار
القائل ولا يعني بذلك مراعاة الخلاف الذي هو إعمال دليل الخصم في لارم مدلوله الذي
أعمل في نقيضه دليل آخر لأنّ هذا من دأب المجتهدين الناظرين في الأدلة فحيث يترجّح
عندهم دليل الغير أعملوه وحيث لا أهملوه، والناظم إنّما هو ناظم لكلام الفقهاء المتقدمين
وجامع له بمراعاة الخلاف وإن وجدت في بعض الأحكام المذكورة في هذا النظم فلا يعتبر
عنها بصيغة الخلاف وإنما يجزم بالحكم وإن كان وجهه عند من قال به مراعاة الخلاف وقد
أطال الشّارح هنا بالكلام على مسألة مراعاة الخلاف وما فيها من الأبحاث وهي من حسان
المسائل ولكن لا يصحّ أن يشرح بها قوله رعيًا لاشتهار القائل كما يظهر ذلك من كلام
الشّارح في آخر الكلام على مراعاة الخلاف ولا يحتمله بوجه، والله أعلم. وكذا أطال
الكلام في مسألة الترجيح من الخلاف وما يجوز الحكم والفنوى به وما لا ومن تجوز فتواه
ومن لا، والخلاف الذي في المشهور ما هو، ووجه اختيار المتأخرين في بعض المسائل
خلاف المشهور من مراعاة مصالح عرضت في ذلك وأنّ القاضي يلزم اتباع عمل أهل بلده
وينهى عن الخروج إلى غير ذلك ممّا اشتمل عليه من القوائد، فمن أراد شيئًا من ذلك فعليه
بمراجعته. وقوله: فضمنه المفيد البيت أخبر أنّ هذا النظم تضمّن المسائل المشتمل عليها هذه
الكتب وهي مفيد الحكام لابن هشام، والمقرّب، والمتخب كلاهما لابن أبي زمنين بفتح
الزّاي والجم وكسر النون الأولى، والمقصود المحمود لأبي القاسم الجزيري، ولا يعني أنّ هذا
النظم اشتمل على جميع مسائل هذه الكتب بل ولا جلّها وإنما يعني أنّ فيه فوائد ومسائل

من هذه الكتب وليس الخبر كالبيان وفي تسمية هذه الكتب تورية وإشارة إلى أنّ هذا النظم اشتمل على هذه الأوصاف وهي كونه مفيداً مقرباً منتخِباً والاشتغال به والاعتناء به مقصد محمود شرعاً تقبله الله منه ونفعه به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم نظمته تذكراً وحين تم بما به البلوى نعم قد الم سميته بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام

النظم الجمع يقال: نظمت العقد إذا جمعت جواهره على وجه يستحسن وقوله: تذكراً مفعول لأجله هو بيان للسبب الحامل له على نظمه، وهو تذكراً لمن تقدمت له معرفة ذلك ثم نسيه يعني وبصيرة لمن يتقدم له ذلك من الصغار والكبار فهو كقول ابن بري: يكون للمبتدئين تبصرة البيت، وقول العراقي في صدر الفيتة الحديثة: نظمته تبصرة للمبتدئ البيت، وجملة (سميته) معطوفة على نظمته وحين يتعلق بسمى. و (ثم) بمعنى كمل وبما يتعلق بالتم، والتم معناه نزل والمناسب للمحلّ أنّه من باب قولهم الم بكذا أي أشعر به أو لا إلام له بكذا أي لا إشعار له به، وبه يتعلق بتعمّ والبلوى مبتدأ وجملة تعمّ خبره والجملة صلة ما، وجملة قد الم حال من فاعل تم، وتقدير البيت: نظمته تذكراً وسميته بكذا حين كمل حال كونه معلماً أي مشعراً بما البلوى تعمّ به للقضاء ويتكرر وقوعه لديهم، والتحفة ما انحفت به الرجل من البر واللطف، وكذا التحفة بفتح الحاء والجمع تحف (والنكت) جمع نكتة بالياء المثناة وهي التنبيه على ما ينبو عنه النظر ولا يدرك بسرعة والعقود: جمع عقد، والمراد بها الصكوك والوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين من بيع أو نكاح أو غير ذلك، والأحكام جمع حكم وهو ما يلزم به القاضي المتخصصين أو أحدهما موافقاً للشرع لأن الفتوى هي الإخبار بالحكم الشرعي من غير إلزام، والحكم هو الإلزام بالحكم الشرعي، وفي هذه التسمية إشارة إلى أنّه جرى مجرى المؤلفين في الأحكام من عدم تعرضهم للمعتقدات والعبادات بل اقتصروا على مسائل الأحكام والخصومات. وقد جرى الناظم رحمه الله على عادة غيره من المؤلفين في تسمية تأليفهم بما يختارونه لها من الأسماء الدالة على ما يريدونه فيها، وكلامه صريح في أنّ التسمية كانت بعد كمال النظم وقامه، وهذه التسمية مشعرة بأنّ للناظم كلاماً على الوثائق وهو إنّما تكلم على الأحكام خاصة، وأجاب ولده بأنّ الفقه المذكور في النظم هو الذي بنيت عليه العقود وسمت عليه الوثائق، فمعرفة طريق لمعرفة ما عقد في الوثائق وطريقة التوثيق مبنية على الاحتياط والحزم والخروج عن الخلاف وارتكاب الوجه المتفق عليه قطعاً للتزاع والخصومات، وذلك كاشتراطهم إذن المضمون عنه للضامن في الضمان وإن كان المشهور عدم اشتراطه، وسيقول الناظم ولا اعتبار برضا من ضمنا، وكإنزال المشتري فيما اشتراه من الأصول أي إقباضه إيهاً وذلك

للخروج من الخلاف الذي في انتقال الضمان هل هو بنفس العقد وهو المشهور أو إلا مع القبض فللخروج من هذا الخلاف يقول المؤثّقون في وثائقهم: ونزل المبتاع فيما ابتاع، وأبرأ البائع من درك الإنزال؛ لأنّه بنزوله فيما ابتاع يسقط الضمان عن البائع باتفاق. وفي ذلك يقول الإمام سيدي عبد الواحد الونشريسي في نظم إيضاح المسالك لوالده - رحمهما الله - في ترجمة البيع هل هو العقد فقط أو العقد والقبض بعد أن ذكر الإنزال.

ولللخروج من خلاف أشهباً أورده المؤثّقون الكتاب

إلى غير ذلك من مسائلهم المبنيّة على الاحتياط والخروج من الخلاف، والفقه الذي تفضّلت كتب الأحكام هو لباب الفقه ومنخوله.

وذاك لما أن بليت بالقضاء بعد شباب مرّ عتي وانقضى

ورأني أسأل من ربّ قضا به عليّ الرّق منه في القضا

والحمل والتّوفيق أن أكونا من أمّة بالحقّ يعدّلونا

حتّى أرى من مفرد الثلاثة وجنة الفردوس لي ورائه

الإشارة بذلك إلى النّظم تسميته، ولما بمعنى حين، (وأن) بعدها رائدة على حدّ (ولما أن جاءت رسلنا لوطاً) [هود: ٧٧] وبليت معناه امتحنت بخطة القضاء فبالقضاء يتعلّق بليت وكذا بعد شباب، ويحتمل أن يكون متعلّقاً بمحذوف صفة، أو حالاً من القضاء والشباب الصّبا، وقال ألبوهري: الشّباب الحداثة وكذا الشّبيبة وأشار بالبيت إلى بيان وقت نظمه لهذه الأرجوزة وهو حين ولايته خطة القضاء، وقد كانت ولايته لها بمدينة وادي آش في شهر صفر من عام عشرين وثمان مائة إلى أن نقل عنها إلى قضاء الجماعة بالحضرة وذلك في ذي القعدة من عام أربعة وعشرين وثمان مائة، كما قال ولده - رحمه الله - ويعني بالحضرة والله أعلم حضرة غرناطة أعادها الله للإسلام، ثمّ سأل من الله سبحانه أن يرفق به فيما قضى به في آله، وجملة قضى به عليّ صفة لرب، والرفق مفعول أسأل. والحمل والتّوفيق معطوفان على الرّق والحمل على حذف مضاف، أي قوة الحمل سأل من الله تعالى أن يعينه على حمل أعباء هذه الخطة العظيمة وأن يوفّقه فيها إلى الصواب لأن يكون بمن قال الله تعالى فيه: ﴿وَمَنْ خَلَقْنَا أُمَّةً يَهْدُونَ بِالْحَقِّ وَبِهِ يَعْدِلُونَ﴾ [الأعراف: ١٨١] حتّى يرى مفرد الثلاثة وأشار به إلى ما خرّجه السنائي في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال: رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحقّ فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحقّ فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحقّ فقضى للناس على جهل فهو في النار» (١) وجملة وجنة الفردوس لي ورائه في موضع الحال من نائب أرى، والجنة بفتح الجيم الحديثة ذات النخل والشجر قال في القاموس: والفردوس قال الفرّاء: الفردوس عند العرب البستان الذي فيه الكرم ومعنى كونها ورائه له أن يكون من أهلها.

(٣) [إحليل صحيح]: أخرجه أبو داود (٣٥٧٣)، والسنائي (٥٩٢٢) في الكبرى، والترمذي (١٣٢)، وابن ماجه (٣١٥)، والطبراني في الكبير (١١٥٤، ١١٥٦)، والحاكم في المستدرک (٩٠/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٧، ١١٦/١٠)، وصححه الشيخ الألباني في الإرواء (٢٦١٤).

باب القضاء وما يتعلق به

قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في القضاء وهو فرض كفاية ما نصّه: قال الأزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انتضاء الشيء ونظامه وقال الجوهري: القضاء الحكم، وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه، إلا أنه يتميز بأمور زائدة لا يحسنها كلّ الفقهاء وقد يحسنه من لا باع له في الفقه وهو كالتصريف من علم العربية فإنه ليس كلّ النحاة يعلم التصريف، وقد يحسنه من لا باع له في النحو. وإنما كان فرضاً لأنه لما كان الإنسان لا يستقلّ بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حرّاً طحناً جزراً إلى غير ذلك من الصنائع المستقر إليها احتاج إلى غيره، ثم بالضرورة قد يحصل بينهما التشاجر والتخاصم لاختلاف الأغراض، فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومة ويمنع بعضهم من غرضه؛ ولهذا وجب إقامة الخليفة، لكن نظر الخليفة أعمّ إذ أحد ما ينظر فيه القضاء ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد أو جماعة كان ذلك فرض كفاية؛ لأنّ ذلك شأن فرض الكفاية أ هـ.

ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين، والنّفوذ بالذال المعجمة الإمضاء وهو المراد هنا، وأمّا بالذال المهمل فمعناه الفراغ والتّمام، وقوله: نفوذ حكمه... إلخ أخرج به من ليس بتلك الصفات فإنه لا ينفذ حكمه وإنما تثبت الصّفة الحكمية للموصوف بعد ثبوت تقديمه للحكم، فتقديمه للحكم والفصل إذا كان أهلاً هو الموجب لحصول الصّفة الحكمية، والمراد بالحكم الشرعي هنا هو إلزام القاضي الخصم أمراً شرعياً، والإضافة تعينه؛ لقوله: حكمه الشرعي، وأخرج به غير الحكم الشرعي وليس المراد به خطاب الله تعالى. وقوله: ولو بتعديل أو تجريح هو معطوف على مقدّر أي بكلّ شيء حكم به ولو بتجريح أو تعديل ليصير التعديل والتجريح من متعلّق الحكم وهو كذلك، وخرج بقولنا بكلّ شيء حكم به الذي قلنا إنه مقدّر قبل قوله ولو بتعديل الثبوت والتأجيلات ونحوهما إذ ليست بحكم. قوله: لا في عموم مصالح المسلمين أخرج به الإمامة الكبرى؛ لأنّ نظره أوسع من نظر القاضي لأنه أي القاضي ليس له قسمة الغنائم ولا تقريقر مال بيت المال ولا ترتيب الجيوش، ولا قتال البغاة ولا الإقطاعات وفي إقامة الحدود خلاف، انظر الرّصاع.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم الحمد لله.

(فائدة: قال القرافي: القاضي من حيث هو قاض إنما له إلزام الحكم، أما نفوذه فلا؛ لتعذر ذلك عليه كالحكم على الملوك، والجبابرة، فالإلزام الحكم موجوداً والقدرة على التنفيذ لا وجود لها في حق العاجز أ هـ. وعلى هذا) فمعنى قوله في الحذف نفوذ (حكمه) أي إلزام

قوله: (فائدة: قال القرافي: القاضي من حيث هو قاض) إلى قوله: (وعلى هذا) إلخ، يظهر أن كلام ابن عرفة لا يحتاج إلى قول هذا الشارح إلزام إلخ، بيان ذلك أن النفوذ في كلام ابن عرفة هو المضي أي مضي حكم الحاكم ذلك هو لزوم حكم الحاكم لمن حكم عليه، ولا انفكاك عنه أصلاً لأجل الوصف الذي قام به حكم، فقول ابن عرفة نفوذ حكمه فقوله نفوذ هو للزوم المذكور. وقوله: (حكمه) المراد به الإلزام الذي يطاوعه اللزوم هو النفوذ، ومن طالع كلام ابن فرحون علم هذا، فابن عرفة إنما تكلم عن اللزوم أي القاضي هو الذي إذا أُلِّمَ أحد شيئاً ألزمه، فكلامه في اللزوم الذي هو النفوذ، ألا ترى أن غير القاضي إذا أُلِّمَ أحدهما شيئاً لا يلزم للزوم به، ولا كذلك القاضي فافهم، فتفسير هذا الشارح النفوذ في كلام ابن عرفة بالإضفاء غير جيد والأولي تفسيره بالمضي، كما لا يخفى على من له مسكة من الفهم، واللزوم ثلاثي للزوم الرباعي، والذي في كلام القرافي هو التنفيذ وهو تبليغ صاحب الحق لحقه بالفعل وإخراجه من الذي هو عليه بسجن أو غيره يظهر ذلك بتأمل كلام ابن عرفة والقرافي، ويدل لذلك أيضاً قول ابن فرحون مفسراً تنفيذ الحاكم حكم نفسه ما نصه: هو الإلزام بالحبس وأخذ المال بيد القدرة ودفعه لمستحقه وتخليف سائر الحقوق وإيقاع الطلاق على من يجوز إيقاع الطلاق عليه ونحو ذلك، فالتنفيذ غير الحكم والثبوت، فالثبوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتبة الوسطى، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة، وليس كل الأحكام لهم قوة التنفيذ لا سيما الأحكام الضعيف إلخ وهذا منه بلفظه، فالتنفيذ هو الذي يقدر عليه تارة وتارة، لا، ولا كذلك النفوذ يظهر ذلك بتأمل أقوال هذا الشارح بنفسه، وهذا على كلام القرافي ومن تبعه، فقد قال في نوال الأضي من المصار عن العقباتي ما نصه: وللقاضي أن يتمتع من الحكم إن ظهر لهم دخول ضرر عليه إن هو حكم ولا خرج عليه إن شاء الله تعالى هذا لفظه وهو ظاهر، فإن العناية بالنين لم السطوة إن قيل لأحدهم الزمتك كذا شرعاً فإن القاضي يخاف من هذا الإلزام وهو غير التنفيذ، وعليه فالإلزام والتنفيذ للقاضي تركهما، واللزوم فرع الإلزام فقد يوجد حتى في حق الظالم فيشهد القاضي عدلين خفية أنه أُلِّمَ الظالم كذا، فاللزوم في هذا حاصل ويتخذ مقتضاه من قدر على ذلك من سلطان أو غيره، فزيد إن أثبت عند القاضي بيته عادلة أن له على عمرو ديناراً وعجز عمرو عن الدفع في البيته فالقاضي يشهد عدلين أنه أُلِّمَ عمراً بدفع ديناراً لزيد، ويلزم من هذا الإلزام لزوم الدينار لعمرو شرعاً ويأمره القاضي بإعطائه، فإن امتنع عمرو من دفعه نفذ القاضي ذلك أي أزال دينار من كيسه وبدفعه لزيد إن كان معه أو سجنه إلى أن يعطيه، فالإلزام حكم، واللزوم مطاوعة، وتنفيذ غيرهما، وإنما يفعل القاضي الإلزام والتنفيذ إن لم يخف وقدر، وإلا أشهد بالإلزام خفية ويبقى الإشهاد بيد زيد إلى أن يجد من يقدر على التنفيذ، ويلزم القادر التنفيذ لهذا المشهود له إن علم عذر عجزه وأنه من الذين يلزم حكمهم، وكذلك الخصم له أن يقول للقاضي: أحكم لي على الظالم وأنا أرفعه إلى من يقدر عليه، وكذلك القائد إن شكا إليه أحد فإنه يقول للشاكي: اذهب للقاضي يكتب لك حكمه وأنا أنقله، ومن ما رج الناس أدرك هذا غاية وتبين له النهاية، هذا تحرير المسألة. وقول القرافي في حقيقة الحكم إنشاء إلزام إلخ أي اتخاذ وهو راجع لما ذكرناه من كون الحكم هو الإلزام. وقال القرافي في محل آخر: الحكم إلزام الخصم إلخ وقد نصوا على

نفوذ كل ما ذكرناه، والمعنى أن هذه الصفة من شأنها ذلك وفي تبصرة ابن فرحون ناقلاً عن القرافي الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قدرة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً فقد يفوض له التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته أ هـ.

واعلم أن الناظم يوبّ للقضاء وما يتعلق به وقد تقدّم أن القضاء هو الحكم وأشار له هنا بقوله: منفذ بالشرع للأحكام فترجم للمصدر وذكر مكانه اسم الفاعل لأن المصدر موجود في اسم الفاعل وأصل له فهو من التعبير بالأصل عن الفرع كقول ابن مالك: في الابتداء: مبتدأ زيد ولم يذكر بعده ما يتعلق بالقضاء في هذه الترجمة إلا أوصاف القاضي التي بعضها شرط صحة وبعضها شرط كمال أو شرط في دوام ولايته وموضع جلوسه، وذلك هو المعنى بقوله في الترجمة وما يتعلق به ويأتي الكلام على ذلك إن شاء الله.

منفذ بالشرع للأحكام له نيابة عن الإمام

يعني أن القاضي هو المنفذ للأحكام بمقتضى الشرع وموافقه، وأن له نيابة عن الإمام في ذلك فمنفذ خبر مبتدأ محذوف أي القاضي منفذ، وللأحكام يتعلق بمنفذ وكذا بالشرع وله نيابة خبر ومبتدأ سوغ الابتداء به العمل في عن الإمام، والجملة خبر ثان عن المبتدأ المحذوف، والربط لجملة الخبر بالمبتدأ ضمير له وهذا والله أعلم أولى من إعراب منفذ مبتدأ. وجملة له نيابة خبره، لأن المقصود بالذات هو التعريف بالقاضي وأنه المنفذ للأحكام، وأما كونه نائباً عن الإمام فزائد عن المقصود. وبه مفسوداً أيضاً فدلالة الكلام على فالتين كما يقتضيه الإعراب الأول أولى من دلالاته على واحدة كما يقتضيه الإعراب الثاني والله أعلم. وفهم من قوله: له نيابة عن الإمام أن للإمام عزله متى شاء لسبب ولغير سبب كما هو الشأن فيمن استتاب غيره ووكله على أمر بدا له فله عزله بخلاف من أوصى له الإمام بالخلافة وقبل فليس له عزله. والفرق بينهما أن القاضي وسائر العمال إنما ولّاهم لينوبوا عنه في بعض الكلف والأشغال التي عليه أن يقوم بها للمسلمين وينوبوا عنه في ذلك، وللموكل أن يعزل ويكيله ولا كذلك الوصية للرجل يكون بعده إماماً للمسلمين، فهذا ليس بحق له جعل غيره ينوب عليه فيه، وإنما هو حكم حكم به على المسلمين وأحكامه عليهم نافذة، قاله المازري أ هـ. من الفروق للإمام سيدي أحمد الوترشي رحمه الله.

قال ابن فرحون في تبصرته: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام (قال غيره) ومعنى قولهم: قضى القاضي، أي ألزم الحق أهله. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قُضِيَنا عَلَيْهِ الْمَوْتُ﴾ [سبا: ١٤] ألزمناه وحتمناه به عليه وفي المبدخل لابن طلبة الأندلسي القضاء معناه: الدخول بين الخلق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة، وقال القرافي: حقيقة الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، فالإلزام كحكمه بالشفقة والشفقة والصدّق ونحوها. وأما الحكم بالإطلاق فكما إذا حكم بزوال الملك عن أرض زال الإحياء عنها وأن تبقى مباحة لكل أحد، وحكم بزوال ملك الصائّد

أن حكم الحاكم إنشاء، وبما قدمناه يظهر لك قول الناظم: منفذ بالشرع للأحكام له نيابة عن الإمام. وإنما القاضي هو المفهوم من قول ابن عرفة في حقيقة القضاء صفة حكومية إلخ، فالقاضي هو الذي يلزم حكمه للمحكوم عليه إن ألزم شخصاً شيئاً ذلك الشيء ولصق فيه لصوق الصفة للموصوف فافهم.

عن صيد نذ منه وحارزه ثان. وحكمه أنه فرض كفاية ولا خلاف بين الأئمة أن القيام بالقضاء واجب ولا يتعين على أحد إلا أن لا يوجد منه عوض، وقد اجتمعت فيه شروط القضاء فيجبر عليه قيل: أيجبر بالضرب والسجن؟ قال: نعم وحكمته رفع التشاجر ورد الثواب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قاله ابن رشد وغيره ا. هـ. وقد اشتمل هذا الكلام على حقيقة القضاء ومعناه وحكمه وحكمته ثم قال في التيسرة: (واعلم أن أكثر المؤلفين بالغوا في التحذير من الدخول في ولاية القضاء حتى تقرر في ذهن كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولي القضاء فقد سهل عليه دينه وألقى يده إلى التهلكة، وهذا غلط فاحش تحجب التوبة منه. والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين فيه بعثت الرسل والقيام به قامت السموات والأرض وجعله النبي ﷺ من النعم التي يباح الحسد عليها فقد جاء من حديث ابن مسعود عن النبي ﷺ: «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلط على هلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها»^(٤) وجاء من حديث عائشة رضي الله عنها ﷺ: «هل تدرون من السابق إلى ظل الله تعالى يوم القيامة؟» قالوا: الله ورسوله أعلم قال: «الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سئلوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم»^(٥). وفي الحديث «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله: إمام عادل»^(٦) وقال ﷺ: «المقسطون على منابر من نور يوم القيامة»^(٧) إلى غير ذلك.

واعلم: أن كل ما جاء من الأحاديث التي فيها تخويف ووعيد إنما هي في حق قضاء الجور من العلماء، وفي حق الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم ا. هـ. باختصار، وقوله في التحذير من القضاء: وهذا غلط فاحش ليس هو غلطاً، وإنما هو نظر للغالب الذي هو كالمحقق، فإن الطبيعة البشرية واحدة وما جاز على المثل يجوز على أمثاله، والعيب يحدث لمن لم يكن فيه، والنفس مجبولة على حب الدنيا والإمارة والميل للنفس والأقارب والأصحاب ومن يعاملها بخير فالتحذير من القضاء من باب سد الذرائع وتقديم درء المفاسد على جلب المصالح ومن باب قول القائل:

إن السّلامة من سلمى وجارتها ألا تحلّ على حالٍ بواديها

وقد سمعت: من بعض أشياخي - رحمه الله - أن أميراً ولي إنساناً خطه الحسبة ثم بعد أيام قليلة طلب من الأمير أن يخليه عن تلك الخطبة ويوليها لغيره فقال له: لم؟ فقال: إن الناس يهدون لي ويعاملوني بخير لما توليت، ولا أقدر أن أحكم على من يعاملني بخير

(٤) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٧٣)، ١٤٠٩، ٧١٤١، ٧٣١٦، ومسلم (٨١٦)، وابن ماجه (٤٢٠٨)، وأحمد في المسند (٣٨٥/١، ٤٣٢)، والحميدي في مسنده (٩٩)، وابن المبارك في الزهد (١٢٠٥)، وابن حبان في صحيحه (٩٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٩/٤).

(٥) [حديث ضعيف]: أخرجه أحمد في المسند (٦٧/٦، ٦٩)، وأبو نعيم في الحلية (١٦/١)، وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف الجامع (١٠١).

(٦) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٦٦٠)، ١٤٢٣، ٦٤٧٩، ٦٨٠٦، ومسلم (١٠٣١)، والترمذي (٢٣٩١)، والنسائي (٥٣٩٥)، وأحمد في المسند (٤٣٩/٢)، وابن المبارك (١٣٤٢) في الزهد، وابن خزيمة في صحيحه (٣٥٨)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٨٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩٠/٤).

(٧) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٨٢٧)، والنسائي (٥٣٩٤)، وأحمد في المسند (١٥٩/٢، ٢٠٣)، والحميدي (٥٨٨)، والحاكم في المستدرک (٨٨/٤)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٨٤، ٤٤٨٥).

بما يكره فأنظر فإن مثل هذا هو الموجود غالباً، وأما من لا يقبل هدية ولا يميل لغرض ولا يخاف في الله لومة لائم فهو قليل لا سيما في هذا الوقت فهو مما يسمع به ولا يرى تغمد الله الجميع برحمته.

واستحسن في حقّه الجزالة وشروطه التكليف والعدالة

وأن يكون ذكراً حراً مسلماً من فقد رؤية وسمع وكلم

ويستحب العلم فيه والورع مع كونه الحديث للفقهاء جمع

ذكر في هذه الآيات بعض شروط القاضي، ويطلق عليها صفات؛ لأنها قائمة به وقسمها إلى قسمين: شروط صحة يلزم من عدمها أو عدم واحد منها عدم صحة ولايته، وشروط كمال تصح ولايته بدونها لكن الأولى وجودها، فذكر من شروط الصحة التكليف والعدالة والذكورة والحرية وكونه سمياً بصيراً متكلماً. ومن شروط الكمال الجزالة والعلم والورع، وجمعه بين الفقه والحديث فاشتراط فيه التكليف المشتمل على شرطي العقل والبلوغ لأن غير العاقل وغير البالغ لا يجري عليهما قلم ولا يتوجه إليهما خطاب فلا يتعلق بقبول واحد منهما حكم على نفسه فأولى على غيره ولا يكفي في شرط العقل بالعقل الذي يتعلم به التكليف من علمه بالمدرجات الضرورية بل حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة؛ حتى يتوصل بذلك إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل. قال الماوردي: واشترطت فيه العدالة المستلزمة لشرط الإسلام لأن الكافر لم يجعل الله له على المؤمنين سبيلاً. والولاية من أعظم السبل؛ ولأن الفاسق غير مأمون على الأحكام ولا موثوق به في اجتناب الأغراض ويأتي أن العدل هو من يجنب الكبائر ويتقي في الغالب الصفات والمباح الذي يقدح في المروءة كالإكراه في السوق ونحو ذلك، واشترطت فيه الذكورة؛ لأن القضاء فرع عن الإمامة العظمى وولاية المرأة الإمامة ممنوعة لقوله ﷺ: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» فكذلك التائب عنه لا يكون امرأة. وبالجملة فمنصب الولاية غير مستحق للنساء، واشترطت الحرية؛ لأن الرق يقي أثر الكفر والنفس تأنف من الانقياد لمن عليه رق والإذعان لمن تقرر عليه لسواه ملك قال الماوردي: وإذا كان نقص الرق مانعاً من ولاية نفسه فأحرى أن يمنعه من إنفاذ ولايته على غيره ولأن الرق لما منع من قبول الشهادة كان أولى أن يمنعه من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية وكذلك الحكم فمن لم تكمل حرته من مدبر ومكاتب ومعتق بعضه هذا في الحكم، وأما في الفتوى فلا يمنعه الرق أن يفتي ولا أن يروي لعدم الولاية في الفتوى والرواية ويجوز له إذا عتق أن يقضي وإن كان عليه ولاية. وأما اشتراط كونه سمياً بصيراً متكلماً فظاهر أنها من شروط الصحة أيضاً قال في التوضيح عن ابن رشد: وهو ظاهر ما في وثائق أبي القاسم، والظاهر أن فضلها موجب للعزل فتفقد ولاية الأعمى والأبكم، وتفقد أحكامه ويجب عزله سواء ولي كذلك أو طرأ عليه ذلك، وإنما اشترطت السلامة في الأعضاء الثلاثة لعدم تأني المقصود من الفهم والإبهايم لفائدها بعضها فضلاً عن كلها.

تنبيه: زاد ابن الحاجب في شروط الصحة أن يكون مجتهداً فطناً فلا يجوز ولا تصح ولاية المقلد ولا تفقد أحكامه قال المازري: هكنا يحكي أصحابنا عن المذهب أنه لا يجوز

ولاية المقلد، وهذا إما هو مع وجود المجتهد وإلا صححت ولاية غيره. ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد ابن عبد السلام فينبغي أن يختار أعلم المقلدين، وهل يلزمه الاقتصاد على قول إمامه أم لا؟ قولان، ولاشترط كونه فطناً لا تجوز ولاية المقلد كما في الشهادة بل اشتراطها هنا أولى قال في التوضيح: وبقي على ابن الحاجب شرطاً تاسع وهو أن يكون القاضي واحداً، نص عليه ابن شاس وابن شعبان وغيرهما، أي لا يجوز أن يفرض القضاء إلى اثنين لا يتم الحكم إلا بإجماعهما ابن الحاجب ويجوز أن ينصب في البلد قاضيان أو أكثر كل مستقل أو مختص بناية أو نوع، وأما شروط الكمال فذكر في النظم منها أربعة: الأولى: الجزالة مصدر جزل فهو جزيل وهو العاقل الأصل الرأى قاله في القاموس وقال عياض: الجزالة الوقار والعقل والقطع وفسرها بعضهم بالقوة والإحكام والإتقان ومعنى استحسن استحب قال الشارح: كونه جزيلاً ذكره ابن رشد في المقدمات في خصاله المستحبة.

(الثاني: العلم قال في التوضيح: نص في المقدمات) على أن العلم من الصفات

قوله: (الثاني العلم: قال في التوضيح: نص في المقدمات) إلى آخر ما ذكره من النقول هنا ظاهره في رجحان شرطية العلم في صحة القضاء وذلك هو المذهب، وما نقله عن عياض هو بالمعنى والألفظة ريادة على ما هنا، وبعد أن نقل أبو الحسن في شرح المدونة كلام عياض، قال بعده ما نصه: إن الجاهل لا ينفذ حكمه وإن صادف الصواب إلخ وهذا منه بلفظه، ونقله البرزلي أيضاً وسابقه أي كلام عياض، وما قاله عياض قاله ابن العربي والمارزي أيضاً كما في ابن الناطم هنا، وشرطية العلم في صحة القضاء هو الذي في المعونة، ودل عليه كلام ابن يونس في المفيد ونصه: وفي الأحكام لابن مغيث الطليطلي رحمه الله: اعلم أن بما اجتمع عليه علماء الأئمة أنه لا يحل لمن تقلد الحكم بين الناس أن يحكم إلا بما أمر الله عز وجل، أو بما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه حكم به، أو بما اجتمع عليه العلماء، أو بدليل من هذه الوجوه الثلاثة، واتفق مالك وجميع أصحابه والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالماً بالحديث والفقه إلخ وهذا منه بلفظه، بل كلام الكافي يقتضي الاتفاق على هذه الشرطية حيث قال ما نصه: لم يختلف العلماء بالمدينة وغيرها فيما علمت أنه لا ينبغي أن يتولى القضاء إلا الموثوق في دينه وصلاحه وعلمه وفهمه، وشرطوا أن يكون عالماً بالسنة والآثار وأحكام القرآن ووجوه الفقه واختلاف العلماء إلخ وهذا منه بلفظه، وفي التلخيص لا يقتضى إلا فقيه من أهل الاجتهاد هذا لفظه عالماً. ذكر المارزي هذه الشرطية قال ما نصه: وحكى ابن رشد عن بعضهم أنه أجاب تولية الجاهل ورأى كونه عالماً مستحباً لا شرطاً في الصحة ولا موجباً للعزل، وهو قول شاذ بعيد من الصواب، فالقاضي أحوج الناس إلى العلم. وقال ابن رشد: ولا يقال إنه يستشير أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه، لأننا نقول: هو مأمور بأن يستشير وإن كان فقيهاً أهل. وقال أبو عمر في كافي ما نصه: ولا يجوز أن يشاور فيما يحكم وهو جاهل لا يميز بين الحق والباطل لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بحكمه لم يعلم أنه حكم بحق أو باطل، ولا يجوز أن يحكم بما لا يعلم أنه حق لأن الحاكم لا يحكم بقول من أشار إليه تقليداً حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذين أشار عليه بدلالة تظهر له، هذا لفظه وهذا أولي من كلام ابن رشد وهو

المستحبة له. وقال الشارح: وكون العلم في القضايا من الشروط المستحبة هو ما ذهب إليه ابن ررقون وابن رشد، خلاف ما ذهب إليه عياض وابن العربي والملازمي من كونه من الشروط الواجبة أ. هـ. وكونه من الشروط الواجبة هو مقتضى ما تقدم عن ابن عبد السلام التوضيح: قال عياض: وشرط العلم إذا وجد لازم فلا يصح تقديم من ليس بعالم، ولا

قوله: لأننا نقول إلخ لاحتمال مشاورة الجاهل واجبة ومشاورة العالم مستحبة كما في المتن وشروحه، وكلام الكافي نقله ابن عات في طرده وسلمه. وقال شيخ الشيوخ الإمام اللخمي بعد كلام ما نصه: وقد اتفقت هذه الأقوال على أن الحاكم لا يكون جاهلاً بالحكم لأن ذلك تخاطر وتضمن وحس إلخ، وإذا كان هذا في الحكم فغيره أولى كما لا يخفى. وقال المشدلي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع واتساع باع وإدراك جيد نافع إلخ، والذي لا ين رشد وتبعه عليه ابن مروق والمتطي وما نسبته ابن سلّمون للباجي غير صحيح كما نبّه عليه المصنف وابن عرفة وغيرهم إنما ذلك لابن رشد وابن ناجي عن المدونة نسب الشرطية في الصحة لعياض أيضاً وابن العربي والملازمي قد تبين أن الراجح هو ما قاله عياض ومن وافقه، وما قاله ابن رشد واتباعه ضعيف غاية لا يحل تقليده فيه، وإن كان ابن ناجي على المدونة وغيره أشار إلى أن كلام ابن رشد ليس على ظاهره واعتراضوا على من حمّله على ظاهره. فإن قلت: يحمل كلام ابن رشد على أن مراده بالعلم العلم الناشئ عن الاجتهاد، ويدل لذلك قول الأبي علي حديث: «من اجتهد فأصاب إلخ» ما نصه: قال عياض هذا التقسيم إنما هو في العالم الذي يصح منه الاجتهاد، وأما الجاهل فهو أثم في اجتهاده وإن صادف الحق لأن إصابته ليست صادرة عن أصل شرعي إلى أن قال ما نصه: قلت: يعني بالعالم من فيه أهلية الاجتهاد ثم قال: ويعني بالقاضي الجاهل من لم يبلغ درجة الاجتهاد. هـ. وذكر في المعيار أن مراد الفقهاء بقولهم بتعقب حكم الجاهل هو المقلد كما قاله الأبي إلخ. وكلام ابن يونس دال على هذا أيضاً. قال رعيم الفقهاء أبو مسالم البرتاسني في حبس ابن مسحر أثناء كلام فيه في نوازل الحبس من المعيار ما نصه: ولا خلاف في جواز تعقب أحكام المقلد وهو الذي يصير عنه في كتب أئمتنا بالجاهل هذا لفظه. وذكر هذا أهل الأصول في كلامهم على حد الفقيه بل هو حتى في اللوامع لشيخنا البوسي برد الله ضريحه على جميع الجوامع، قلنا: هذا محمل حسن غاية لكن يعكر عليه، وقد يقتضي أن العالم المقلد يستحب أن لا يكون قاضياً إن وجد المجتهد، مع أنه وجود المجتهد يحرم عليه القضاء، ولذلك قال في المختصر: إن وجد أولاً فأمثل مقلد، وهذا المذهب بين في شروح المختصر، وتكلمنا عن هذا في شرحنا على المختصر وبيننا ذلك غاية البيان، وحاصل ذلك أن المقلد العالم لا يتولى القضاء مع وجود المجتهد، والعلم شرط في الصحة، وإذا لم يوجد تولى المقلد العالم، وأما الجاهل المقلد فلا تنعقد له ولاية أصلاً ولا يضي حكمه إن حكم، فقف على هذا المحل من شرحنا ترى عجب العجائب. والحاصل أن ما قاله ابن رشد لا يحل اتباعه فيه على كل وجه، والمذهب هو ما ذكرناه، ولا فرق في الجاهل بين أن يشاور أو لا فإنه لا تنعقد توليته على المذهب، وقول المتن ونفذ حكم جائر لم يشاور إلخ للمذهب أن أفعال الجاهل كلها مردودة شاور أو لا، لأنه لا تنعقد الولاية له مع الجهل شاور أو لا، وبيننا في هذا في شرحنا غاية على المختصر هناك، وعن ذكر ذلك الباجي، وأنه لا تنعقد ولاية للجاهل مطلقاً، وذكرنا أن من قال بقول المتن وهو قوله وجاهل لم يشاور أي أن جواز حكمه من باب مراعاة المصلحة لا أنه حكم لازم وفي نفسه، إذ شرط انعقاد الولاية لم يوجد، ولولا الإطالة لجلبنا ذلك وهو الذي في

ينعقد له تقديمٌ مع وجود العالم المستحق للقضاء لكن رخصَ فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد في العلم إذا لم يوجد من بلغها، ومع كل حال فلا بد أن يكون له علم ونباهة وفهم فيما يتولاه وإلا لم يصح له أمره. وفي الشارح عن الإمام مالك رحمه الله قال: لا نرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد فإذا اجتمع له منها خصلتان ولَّى القضاء العلم والورع قال ابن حبيب: فإن لم يكن علمٌ فقلَّ ورعٌ فبالعقل يسأل وبالورع يقف. الثالث: الورع وهو ترك الشبهات والتوقف في الأمور والتثبت فيها. الرابع: على ما ذكر الناظم كونه جامعاً للفقه والحديث قال الشارح: وما اقتضاء المنقول عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في قولهم لا يولى اليوم القضاء صاحب رأي لا حديث عنده ولا صاحب حديث لا فقه عنده فإنما يعني بهذا أن يكون للقاضي من الاتصاف بالعلم والمشاركة في الفقه والحديث ما يهيئ له النظر به في التوازل، والبحث عن الدلائل والترجيح عند وقوع الخلاف والاختيار عند تعارض الأقوال اهـ.

تنبية: زاد ابن الحاجب في الشروط المستحبة كونه غنياً لا دين عليه بلدياً معروف النسب غير محدود حليماً مستشيراً لا يبالي لومة لائم سليماً من بطانة السوء غير رائد في الذمَّاء قال في التوضيح: استحب الغني؛ لأن الفقير قد يحتاج إلى غيره ومقالة السوء تكثر فيه بخلاف الغني. ابن عبد السلام: والظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين واستحب كونه ليعرف الناس والشهود والمقبولين من الشهود وغيرهم ابن رشد وابن عبد السلام: والولاية الآن يرجحون غير البلد إذ لا يخلو البلدي من أعداء. والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده وكونه معروف النسب؛ لأن من لا يعرف أبوه من ولد لعان أو زناً يطعن فيه فلا يكون له في نفوس الناس كبير هيبة وكونه غير محدود، أي في زنا ولا غيره، وكونه حليماً أي على الخصوم ألا تنتهك حرمة الشرع فيكون انتصاره لغيره، وبذلك تتم مهابته التي هي إحدى صفات الكمال وكونه مستشيراً أي لأولي العلم؛ لأنه أعون له لحصول الصواب وقوله لا يبالي لومة لائمة الظاهر أن هنا راجع إلى الوصف الأول أي العدالة لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق وكونه سليماً من بطانة السوء؛ لأن السلامة منها رأس كل خير وكثيراً ما يؤتى على أهل الخير من جهة قرنائهم السوء، وكونه غير رائد في الذمَّاء قيل: لأن ذلك يحمله على الحكم بالفراصة وتعطيل الطرق الشرعية من البيعة والأيمان. ابن الحاجب فقد عزل عمر زياداً لذلك التوضيح. ويقال: إن عمر قال لزياد لما عزله: كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك.

وحيث لاق للقضاء يقعد وفي البلاد يستحب المسجد

يعني أن القاضي يجلس للقضاء والفصل بين الخصوم حيث يليق ذلك ويصلح له كان في بادية أو حاضرة فإن كان في حاضرة استحب جلوسه في المسجد قال الشارح: نقل

المتن، وقد قال أيضاً صاحبه وجرم لجاهل وابن عاصم هنا تبع ابن رشد ومن تبعه ولم ينبغ له ذلك بل أوهم الناس خلاف المذهب، وقد رأينا احتجاج الجهلة بكلام ابن عاصم كثيراً، وفي ذلك فساد عظيم وأمر جسيم.

اللّخميّ عن أشهب أنّه قال: لا بأس بجلوسه في منزله أو حيث أحبّ وفي البلاد استحبّ له القعود في المسجد.

(وهذا هو الذي روى ابن القاسم عن مالك) وَقَالَ أنّه قال: قضاء القاضي في المسجد

قوله: (وهذا هو الذي روى ابن القاسم عن مالك إلخ) هذا كلام صحيح، ولكن ربما يظهر أن القضاء برحاب المسجد الخارجة عنه أولى من هذا. وقد قال ابن القاسم بعد نقله كون المسجد أولى ما نصّه: وكان أمر من مضى من القضاة لا يجلسون إلّا في رحاب المسجد ليصل إليهم اليهود والنصارى والنساء الحيفى، قال غيره: أو لئلا يدخل عليه في ذلك ضرر من كثرة الناس حتى يشغله ذلك عن كثرة النظر والفهم ولكن له موضع من المسجد في رحابه الخارجة عنه، قال مالك: ليصل إليه اليهود إلخ. وفي اللّخمي عن ابن حبيب حين ذكر الخلاف في المسألة ما نصّه: قال في كتاب ابن حبيب: كان من مضى من القضاة لا يجلسون إلّا في رحاب المسجد خارجا إما في موضع الخنجر وإما في رجة من دار مروان وما كانت تسمى إلّا رجة القضاء، قال مالك: وإني لاستحبّ إلخ ثم قال ما نصّه: قوله يقضي في الرحاب خارجا عن المسجد أحسن لحديث: «جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوصاتكم» (١) ولم يعترض هذا باللعان لأنها إيمان إلخ. ونقل ابن دبوس أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد لأنه يأتية المشرك والحنافس إلخ. زاد ابن فرحون بعد هذا النقل ما نصّه: وبذلك أخذ الشافعي واحتجوا بأن فيه تضييقا على الناس ومنهم الحنافس والجنب وأهل الذمة، وفيه امتحان للمسجد لكثرة اللغو واللجاج وما يقع بين المتخاصمين، وأيضا فإن بعض العوام يدخل المسجد ورجله فيها بلل وربما كانت غير ظاهرة ومفاسدة عديدة إلخ وهذا منه بلفظه، ولهذا قال ابن حبيب ما نصّه: أحب إليّ أن يجلس في رحاب المسجد الملاصقة إلخ. وفي وثائق ابن فتوح ما نصّه: ينبغي للقاضي أن يلتزم النظر في المسجد وفي رحابه أفضل من أجل الحيفى وأهل الذمة إلخ. وقال ابن مروق ما نصّه: ومنع الشافعي وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز القضاء في المسجد وكرهه آخرون وإليه مال أهل المذهب من الأندلسيين، قيل: وهو الأقرب اليوم لقلّة المصلين والمستحفظين، فقد يدخله الجنب والحنافس إلى ما ينضم إلى ذلك من رفع الأصوات بالباطل إلخ. وما ذكر من الأجوبة عن هذا من كون القاضي ينهى عن ذلك ففي ذلك ضعف لا سيما آخر الزمان لقلّة نصرة الدين وقلّة من يغير، وابن عبد السلام والمصنف ذكر الكراهة في الحكم في المسجد باعتبار الزمان، وقال في المجالس بعد ذكره الخلاف: والأظهر ما في كتاب ابن حبيب إلخ. وأشار الأجهوري لشيء من هذا، وقد علّلوا التنب في المسجد بمضمون قول المدونة والقضاء في المسجد من الحق، ولأنه من الأمر القديم، ولأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل إليه المرأة والضعيف فإذا احتجب لم يصل إليه الناس إلخ. وهذا منها بلفظ التهذيب. وتقدم أن القضاء في الرحاب هو فعل من مضى، وكان الناس يعنون الحكم بالمسجد ما يشمل القضاء برحابه لأنهم يقابلون ذلك بكونه يقضى في داره بدليل قضية أبي موسى المذكورة هنا، وإذا ثبت هذا فالصواب هو القضاء برحاب المسجد، لأن ما علّلوا به القضاء في المسجد يوجد في رحابه، وتزيد الرحاب بوصول من لا يدخل المسجد من حائض ونحوها وبزاهة المسجد ممّا أشير إليه، وهذا أمر لا ينكره إلّا من لم ينصف أو من لم يرقه الله فهما، ومن راقب الله تعالى وفهم وأطلع على ما يقع في المسجد في هذه الأزمان التي في حدود الثلاثين بعد مائة وألف جزم بما أشرنا إليه ولم يبق ريب لديه، وإن

(١) [حديث ضعيف]: أخرجه ابن ماجه (٧٥٠)، وعبد الرزاق في المصنف (١٧٢٦)، والطبراني في الكبير (٧٦٣٠١)، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (٣٦٢٧).

من الأمر القديم، وإذا جلس فيه رضي بالدُّون من المجلس ووصل إليه الضَّعيف والضعيفة^١ هـ. المدونة قال مالك: القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم لأنه يرضى فيه بالدُّون من المجلس وتصل إليه المرأة والضعيف وروى ابن حبيب يجلس برحاب المسجد، وهذا أحسن لقوله **عنه**: «جئوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوصاً لكم»^(٩) هـ. من المواق وفي المقرَّب قال مالك: ولا بأس أن يضرب في المسجد الأسواط اليسيرة قال الشَّارح ومَّا يلحق بذلك محلَّ سكناه من المصبر ونقل اللَّحْمِيَّ عن ابن شعبان من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره. قال الشَّارح: ومَّا يتعلق بهذا البيت أمورٌ. أحدها في كيفية جلوسه إذا جلس في المسجد أو غيره والمستحسن لأهل العلم في كيفية جلوسه أن يكون مستقبل القبلة قاله ابن شعبان وأن يكون مرتباً أو محتبباً قاله المتطبي، وروى ابن الموار: لا بأس أن يقضي القاضي وهو مكتئ ويلحق بذلك قعود الخصمين عنده، والذي ينبغي أن يجلسهما بين يديه كأنهما قوين أو ضعفين، أو أحدهما قوي والآخر ضعيف، والمشهور التسوية بين المسلم والذمي في التقريب في المجلس، ثانيها: وقت قعوده، والصواب في ذلك أن يكون في أوقات معلومة ولا يستغرق الجلوس للحكم أوقاته كلها حتى يكون كالمتأجر. قال ابن أبي زمنين: قالوا ينبغي للقاضي أن يجعل لجلوسه ساعة يعرفها الناس فيأتونه فيها، وحكى ابن يونس عن مطرف وابن الماجشون: ولا يجلس للقضاء بين المغرب والعشاء ولا بالأسحار ما علمنا من فعله إلا لأمر يحدث بتلك الأوقات فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويرسل الشرطي أمَّا الحكم فلا، وكذلك الجلوس في أيام العيد وعند خروج الحاج وما أشبه ذلك من الأوقات التي على الناس فيها تضييق. ثالثها: ينبغي أن يكون على حالة الاعتدال ولا يكون على حالة تشوُّش فهمه من غضب ونحوه كالجوع والعطش المفرطين والنوم والكسل والحزن والجزع. قال ابن أبي زمنين: ما ينبغي للقاضي أن يتضاحك مع الناس ويستحب أن تكون فيه عبوسَةٌ من غير غضب، وأن يلزم التواضع والتَّسَكُّ في غير وهن ولا ضعف ولا ترك شيء من الحق. رابعها: أن يجتنب كل ما فيه إخلال بالمرتبة وإن كان مباحاً في أصله كالبيع والشراء لنفسه في مجلس قضائه إلا ما خفَّ وعن طلب العواري والتماس الحوائج وقبول الهدايا من أحد وعن إجابة الدعوة إلا للوليمة وحدها لما جاء في ذلك من الحديث ثم إن شاء أكل وإن شاء ترك وله عيادة المرضى وشهود الجنائز والتسليم على الناس، والرد عليهم إذا بدؤوه ويتأكد عليه أن يعتمد على من يثق به في إخباره بأحواله وتعريفه بسيرته ليجتنب بذلك ما ينبغي اجتنابه هـ. من الشَّارح لكن باختصار ثم قال:

القضاء الآن في المسجد منهى عنه بلا ريب ولا توقف، ومن طالع شرحنا لقول المختصر وجلس به في كتاب القضاء رأى ما يشهد لما ذكرناه عياناً، والله حسيب من لم ينصف وسائله، وقد قال تعالى: ﴿فِي يَوْمٍ أَتَىٰ لَّهُ لَن تَرْفَعُ﴾ [النور: ٣٦] الآية، وما ذكره ابن عرفة عن اللخمي وابن رشد فيه نظر، قف على شرحنا في ذلك.

(٩) حديث ضعيف: تقدم فيما قبله.

فصل في معرفة أركان القضاء

تميّز حال المدعي والمدعى عليه جملة القضاء جمعا
فالمدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد
والمدعى عليه من قد عضدا مقالة عرف أو أصل شهدا

الأركان جمع ركن وهي أجزاء الماهية التي تختل باختلال بعضها، والقضاء الحكم والفصل بين المتخاصمين، وأركانه على ما ذكر الناظم ثلاثة المدعي والمدعى عليه والدعوى وقد ذكر في الترجمة الثلاثة المذكورة وما يطلب به كل من المدعي والمدعى عليه ومحل الحكم إذا كان كل من المتخاصمين في بلد ومن يقدم عند اجتماع الخصوم، ومن يقدم بالكلام من المتخاصمين، وحكم ما إذا جهل القاضي المدعى عليه من المدعي مقدما جميع ذلك بفدلكة قريبة، وهي أن تمييز القاضي بين المدعي والمدعى عليه، عليه يبنى جميع مسائل القضاء، وذلك أن الماهية إذا عرفت أركانها على التفصيل فقد عرفت حقيقتها. والمدعي والمدعى عليه ركنان، فإذا تميز للقاضي كل منهما مع معرفته بالدعوى فقد عرف الطالب من المطلوب، ومن يطالب بالبيّنة أو باليمين والدعوى التي يطالب المدعى عليه بجوابها وغيرها إلى غير ذلك، قالوا: وذلك كالطبيب والمريض فإن الطبيب إذا عرف علة المريض سهل عليه معرفة الدواء الموافق لذلك المرض وإذا جهل العلة لا يهتدي إلى دواء؛ ولذلك قال سعيد بن المسيّب: من عرف المدعي من المدعى عليه فقد عرف وجه القضاء، وهذا هو الذي عند الناظم في البيت الأول. فقوله: تمييز حال مراده تمييز المدعي من المدعى عليه، فللغة حال مقحمة ولعل وجه الإتيان بها أنه لما كان التمييز بينهما يحصل بالنظر لخالهما من كون أحدهما داعيا والآخر مدعوا، أو طالبا والآخر مطلوبا أتى بهذه اللفظة إشارة إلى ذلك وأيضا فإن من ميز حاله ووصفه فقد ميز وعرف، وتميّز: مبتدأ وجملة جمع جملة القضاء خبره وفاعل جمع ضمير تمييز وهو الرابط لجملة الخبر بالمتبدا، والقضاء على حذف مضاف أي جملة أحكام القضاء ثم شرع في بيانها فقال فالمدعي من قوله مجرد. البيتين يعني أن المدعي هو الذي تجرد قوله عن أصل أو عرف شهد له بصدقه بمعنى أن دعواه مخالفة للأصل والعرف مما فلم يوافقها واحد منهما، وأن المدعى عليه من قد عضد قوله أي قواه إما أصل أو عرف فأحدهما كاف، فمثال شهادة الأصل: من ادعى ديناً قبل رجل فأنكره وادعى براءة ذمته أو ادعى ملكية شخص ليس في حوزة فأنكره وادعى الحرية فالمدعي لبراءة ذمته وللحزبة مدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة والأصل الحرية ومن شهد له الأصل فهو مدعى عليه، ومدعى عمارة ذمة غيره وملكية من ليس تحت يده مدع لأنه لم يشهد له عرف ولا أصل، فإن أقام بينة على دعواه وإلا حلف المدعى عليه وبري. ومثال شهادة العرف: اختلاف الزوجين في متاع البيت فإذا ادعت المرأة من ذلك ما يعرف

للنساء دون الرجال، وأدعاه الرجل فهي مدعى عليها لأن العرف يشهد لها والزواج مدع لم يشهد له عرف وكذلك من ادعى الأئمة في مسائل النزاع فإنه مدعى عليه لأن العرف يشهد بصدقه وعلى هذا فقس. قال القاضي أبو عبد الله المقرئ في كلياته الفقهية: كل من عضد قوله عرف أو أصل فهو مدعى عليه، وكل من خالف قوله أحدهما فهو مدع، فالمدعى عليه أقوى المتداعين سبباً والمدعى أضعفهما ١ هـ. وهو كسبتي الناطم. وفي مثل ذلك يقول بعضهم: المدعى كل من أراد أن يشغل ذمة بريء أو يبريء ذمة مشغولة أو ادعى غير العرف، والمدعى عليه عكسه ١ هـ.

واعلم أن المدعى عليه والمدعى هو المقتضى له أو عليه المعدودين في أركان القضاء الست على ما ذكر ابن فرحون في تبصرته حيث قال: (وأركان القضاء ستة) القاضي والمقتضى به والمقتضى له والمقتضى فيه والمقتضى عليه وكيفية القضاء.

فالركن الأول: في شروط القضاء وآداب القاضي واستخلافه وذكر التحكيم، وفي الأوصاف المشتركة في صحة ولاية القضاء وما هو غير شرط لكن عدمها يوجب العزل وما هو من شروط الكمال. ويستحب العزل عند عدمها، وفي الأحكام اللازمة للقاضي في سيرته، والآداب التي لا يسهه تركها وما جرى عمل الحكام الأخذ به وفي سيرته في الأحكام كان لا يحكم حتى لا يشك أن قد فهم ويكشف عن حقيقة القضية في الباطن ليستعين بذلك على الوصول إلى الحق ولا يفتي في مسائل القضاء ويحضر العدول في مجلس قضائه ليشهدوا على إقرار الخصم إن أقر؛ لأنه لا يحكم بعلمه ويحضر أهل العلم للمشاورة وفيما يتدبأ بالنظر فيه كالنظر في الشهود. ويفحص عن عدلهم والكشف عن المحبوسين وفي الأوصياء وأموال اليتامى وفي سيرته مع الخصوم كالتسوية بينهما في النظر والتكلم وتلقين حجة عمي عنها وتقديم الأول فالأول في الخصوم وتقديم المدعى ليبدأ بالكلام. وفي استخلاف القاضي والتحكيم ونحو ذلك. وأمّا الركن الثاني: وهو المقتضى به فهو الحكم من كتاب الله عز وجل، فإن لم يجد فسنة بعد نبه عليه التي صاحبها عمل، فإن لم يجد في السنة نظر في أقوال الصحابة ففقضى بما اتفقوا عليه فإن اختلفوا قضى بما صحبه العمل أو ما أجمع عليه فإن لم يجد إجماعاً قضى باجتهاده بعد مشورة أهل العلم. وأمّا الركن الثالث: وهو المقتضى له فهو كل من تجوز شهادته له وفي حكمه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم أربعة أقوال. وأمّا الركن الرابع: وهو المقتضى فيه فهو جميع الحقوق بخلاف غير القاضي فهو مقصور على ما قدم عليه وهنا ذكروا إذا كان المدعى فيه في غير بلد المدعى عليه. وأمّا الركن الخامس: وهو المقتضى عليه فهو كل من توجه عليه حق إما بإقراره إن كان ممن يصح إقراره وإما بالشهادة عليه بعد العجز عن الدفع والإعذار إن كان ممن تجوز شهادته عليه. وأمّا الركن السادس وهو كيفية القضاء وتتوقف على العلم بأشياء

قوله في باب معرفة أركان القضاء ما نصّه: (وأركان القضاء الخ) قال كاتبه في هذا ما نصّه: فجملة الأركان للقضاء قد نظمت في بيت باعته القاضي والمقتضى فيه ثم له ثم عليه وبه والكيفية.

كمعرفة ما هو حكمٌ وما ليس بحكم، فلا يتعقّب ما هو حكمٌ ويتعقّب ما ليس بحكم، ومعرفة ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر وما اختلف فيه، وفي أبواب الفقه التي يدخلها الحكم، ومعرفة الفرق بين ألفاظ الحكم التي جرت بها عادة الأحكام في التسجيلات، وفي الفرق بين الثبوت والحكم، وفي تنفيذه حكم نفسه وحكم غيره وفيما ينبغي للقاضي أن ينبه عليه فيما يشهد به على نفسه في التسجيلات من التبصرة باختصار كثير. وقوله في الركن الثالث وهو المقضي له، وهو كل من تجاوز شهادته له صوابه كل من ثبت له حق، ويشترط فيه أن يكون ممن تجاوز شهادته له وكذا يشترط في المقضي عليه أن يكون ممن تجاوز شهادته عليه والله أعلم.

وقيل من يقول قد كان ادعى ولم يكن لمن عليه مدعى

لما قدّم أنّ المدعى من لم يشهد له أصل ولا عرف وأنّ المدعى عليه من شهد له أحدهما ذكر هنا تعريفاً آخر وهو أن من أثبت من المتداعين فقال كان كذا فهو المدعى، وأن من أنكر ذلك ونفاه وقال لم يكن فهو المدعى عليه وهذا التعريف في المقدمات عن سعيد ابن المسيّب قال: كل من قال كان كذا فهو مدّع وكل من قال لم يكن فهو مدعى عليه ١. هـ.

(وهذا التعريف جار في غالب الصّور) وإلا فقد يكون المثبت مدعى عليه والثاني مدعى، وذلك كدعوى المرأة على زوجها الحاضر معها أنّه لم ينق عليها وأدعى هو الإنفاق، فعلى التعريف الأول الزوج مدعى عليه لأنّ العرف يشهد له والزوجة مدعية إذ لا يشهد لها عرف ولا أصل ولا يجري على الثاني؛ لأنّ الزوج مثبت وهو مدعى عليه والزوجة نافية وهي مدعية.

وقال بعضهم في تعريف المتداعين: (كلّ طالب فهو مدّع) وكلّ مطلوب فهو مدعى

وقوله في الباب: (وهذا التعريف جار في غالب الصور إلخ) قال كاتبه عفا الله تعالى عنه وتقبل منه: قد يقال هذا التعريف هو الحق، وما ردّ به على صاحبه يجاب عنه بأن المثبت في هذه الصور المردود بها عليه هو المدعي، ولكن رجح قوله بشهادة العرف وهو بمنزلة المدعي الذي لا خلاف فيه أنّه مدّع إذا قام له شاهد حقيقي، وقد اختلف في العرف هل هو بمنزلة شاهد واحد أو شاهدين، وقد مرّ خليل في مختصره في مواضع على أنّه بمنزلة شاهد واحد ولذلك حلف من وافقه، وهذا كقوله في تنازع الزوجين في متاع البيت: فللمرأة المعتاد للنساء فقط يمين إلى آخر هذه المسائل، فالمرأة المدعية أن زوجها دخل بها في خلوة الاهتداء مثبتة ومدعية لكن شهد لها شاهد العرف كما في شروح المختصر وغيرها فيقبل قولها وتحلف معه، وكذا يقال في غير هذه الصورة والمدعي يبدأ بالكلام فذلك دليل قوي على أنها مدعية، والناس في طباعهم أن المثبت هو المدعي كما فهمنا من أحوالهم عند خصامهم، وإلى هذا المعنى يشير كلام الشارح آخر: فشد يدك على هذا تستعن به، ولكن من ابتلي بالقضاء وعرف فائدة معرفة هذا الأمر وقف على شرحنا لقول المتن وأمر مدعي تر العجب في تحقيق هذا الأمر إن شاء الله تعالى.

قوله: (كلّ طالب فهو مدّع) وقد لفقت أبياتاً في هذا وهي ما نصّه:

عليه وهذا أيضاً في الغالب فقط، وقد يكون الطالب مدعى عليه والمطلوب مدعيًا، وذلك كاليتيم إذا بلغ وطلب من وصيه أن يدفع إليه ماله الذي تحت يديه فزعم الوصي أنه دفعه له وأنكر اليتيم فعلى التعريف الأول الوصي مدعٍ لأنه لم يشهد له عرف ولا أصل، واليتيم مدعى عليه لأنه شهد له الأصل وهو وجوب الإشهاد لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآية. وكذا على التعريف الثاني لأن الوصي مثبت واليتيم ناف، ولا يجري على الثالث لأن الوصي مطلوب وهو مدع واليتيم طالب وهو مدعى عليه وهو لا يوجد في واحد من هذين التعريفين الآخرين. وذلك كما إذا خلا الزوج بزوجه خلوة اعتداء وأدعى عدم المسيس وأدعت الزوجة، فالزوج مدعٍ لأنه لم يشهد له عرف ولا أصل. والزوجة مدعى عليها لأن العرف يشهد لها فالقول قولها ولها الصداق كاملاً فالزوج مدع وهو ناف مطلوب، والزوجة مدعى عليها وهي مثبتة طالبة فلم يصدق على المثال إلا الحد الأول دون الثاني والثالث، وقد أشبع في التبصرة الكلام على المدعي والمدعى عليه وأكثر من الأمثلة فإعليك به.

تنبيه: هذا كله إن قلنا إن من شهد له عرف أو أصل مدعى عليه، وأما إن قلنا إنه مدع قام له شاهد فلا فرق بين العبارات الثلاثة التي تقدمت في تعريف المدعي من المدعى عليه والله أعلم. وقد ذكر الشارح هذين الوجهين قبل قوله فيما يأتي والقول على المشهور قول المدعي البيت

(وينبني على كونه مدعى عليه) أن اليمين عليه بحكم الاصل لقوله عليه الصلاة والسلام: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» فيمنه يمين منكر وأما على كونه مدعيًا

المدعي ليس له مصدق	أو مثبت أو طالب قد حققوا
أقربها فهمًا لدى التفهم	ثانٍ بلا ريب ولا تعلم
وأنتم من هذا باعتبار:	
فثبت من أحد الخصمين	سمّوه بالمدعي دون مسين
والقول قوله مع اليمين	بشاهد مطلقاً خذ تبيني
قسيمه نافٍ لمثبته ذكر	تصديقه مع حلفه فيما شهر
عند انتفاء شاهد المدعي	من ناطق أو ساكت فلتسمع
ومراده بقوله مطلقاً إلخ كان مشاهد ناطقاً أو ساكناً هو العرف.	

وقوله هذا الشارح (وينبني على كونه مدعي عليه إلخ) إما تخلف المرة أنه وطنها، وكذا ما يشبه هذا وهو حلف من قام له شاهد حقيقي أنه سلف هذا ديناراً لغيره فإنه يحلف أنه سلف، وإما حلف المدعي عليه فليس كذلك إما هو لتكليب الدعوى، كأن يقول: ما سلفتني ديناراً حيث يقول له خصمه: سلفتك ديناراً ولم يقم شاهد له وهذا أمر بين غاية، وبه تعرف ما في كلام هذا الشارح، وكذا حيث يكون الحكم يجري على ما أشرنا إليه فانهم.

قام له شاهدٌ فيمينه لكمال النصاب كاليمين مع الشاهد، ويأتي للنظم في باب اليمين تقسيمها إلى أربعة أقسام هذان إثنان منها أعني يمين المنكر واليمين مع الشاهد، ومن يقول مبتدأ موصولٌ صلته جملة يقول فلا محل لها من الإعراب وفاعل يقول يعود على من وهو الرابك للصلة، وجملة قد كان في محل نصب محكية للقول، وجملة ادعى خبر من الموصولة ولم يكن مبتدأ أي هذا اللفظ ولمن خبره ومن موصولة صلتها يدعى عليه والله أعلم.

والمدعى فنيبه له شرطان تحقق الدعوى مع البيان

ذكر في هذا البيت الركن الثالث من أركان القضاء وهو المدعى فيه أي الشيء المتنازع فيه بين الخصمين وأخبر أن له شرطين: أحدهما: تحقق الدعوى وهو شامل لتحقيق عمارة ذمة المدعى عليه كان يقول لي عليه مائة مثلاً واحترروا بذلك عن أن يقول لي عليه شيء أو أتتحقق عمارة ذمة فلان بشيء أجهل مبلغه ونحو ذلك. الشرط الثاني: بيان السبب الذي ترتب له به قبل خصمه ما ادعاه كان يقول بعث له أو سلفته أو نحو ذلك لاحتمال أن يكون ذلك ترتب من قمار ونحوه مما لا عبرة به شرعاً فإن لم يذكره المدعي فللمدعى عليه أن يسأله عن ذلك، فإن جهل أو غفل عنه فينبغي للقاضي أن يسأله عنه لئلا يكون ثمن مبيع غير جائز كالخمر. قال الشيخ خليل في مختصره: فيدعي بمعلوم محقق قال: وكذا شيء وإلا لم يسمع كأظن، وكفاه بعث وتزوجت، وحمل على الصحيح وإلا فليسأله الحاكم عن السبب ثم قال وللمدعى عليه السؤال عن السبب وقبل نسيانه بلا يمين أ. هـ. فسؤال الحاكم عن السبب إنما هو إذا غفل المطلوب أو جهل كما تقدم. قال محمد بن حارث: يجب على القاضي أن يقول للطالب من أين وجب لك ما ادعيت؟ فإن قال من سلف أو بيع أو ضمان أو تعد أو شبهة لم يكلف أكثر من ذلك ثم يقول للمطلوب أجبه فإن أبي أن يجيبه جواباً مفسراً اضطره إلى ذلك فإن قال دعني أتثبت وأفكر فمن حقه أن يضرب له في ذلك أجلاً غير بعيد أ. هـ. ويأتي حكم ما إذا أجاب المدعى عليه بإقرار أو إنكار أو لم يجب رأساً عند قوله: ومن أبي إقراراً أو إنكاراً البيتين، قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: فيدعي بمعلوم محقق لا يقال إن العلم والتحقيق مترادفان أو كالمترادفين، فالإتيان بقول معلوم يعني عن قوله محقق لأننا نقول المعلوم راجع إلى تصور المدعى فيه، فلا بد أن يكون متميزاً في ذهن المدعي والمدعى عليه وفي ذهن القاضي والمحقق، راجع إلى جزم المدعي بأنه مالك لما وقع النزاع فيه فهو من نوع التصديق فقد رجع كل واحد من اللفظين لمعنى غير الذي رجع إليه الآخر فلاشتراط العلم لا يسمع لي عليه شيء، ولاشتراط التحقيق لا يسمع: أشك أن لي عليك كذا وأظن وما أشبهه أ. هـ. قال في شفاء الغليل: وأصل هذه العبارة لابن شاس قال أولاً والدعوى المسموعة هي الصحيحة وهي أن تكون معلومة محققة، فلو قال لي عليك شيء لم تسمع دعواه انظر تمام كلامه إن شئت ومسألة ما إذا لم تحقق الدعوى كأظن أو أحسب أن لي عليك كذا، وهي مسألة يمين التهمة، وتوجيهها له على كل أحد وعدم

توجهها نالها على المتهم دون غيره، ورابعها إن قويت التهمة أقوالاً وإذا لم تسمع الدعوى إذا اختل أحد الرصيفين إما التحقق على قول من لا يوجب بين التهمة أو علم المدعى فيه فأحرى أن لا تسمع إذا اختلا معاً كقوله أظن أن لي عليه شيئاً.

تنبهات: الأول: قول الناظم تحقق الدعوى مع البيان يحتمل أن يريد بالتحقق أمرين: تحقق عمارة ذمة المطلوب ومعرفة المدعى فيه وبالبيان بيان السبب الذي من أجله ترتب الحق، وعلى هذا قرئناه أولاً وهو ظاهر تقرير الشارح والله أعلم. ويحتمل أن يريد بالتحقق أمراً واحداً وهو الحزم بعمارة ذمة المطلوب فقط، وبالبيان أمرين: بيان معرفة المدعى فيه إذ لا بد من بيانه وكشفه عن حقيقته، وبيان السبب الذي من أجله ترتب الحق والكل صحيح معنى والله أعلم.

والثاني أعلم أن كل ما ذكره الناظم في هذا البيت ذكره ابن فرحون في بيان الدعوى الصحيحة من غيرها وراد ثلاثة شروط (فمجموعها خمسة شروط) ولفظه في شرط الدعوى، وللدعوى الصحيحة خمسة شروط: الأول أن تكون معلومة فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه؛ لأنها مجهولة أ هـ. قلت: وقد تقدم الكلام على هذا الشرط في شرح البيت ثم قال: الشرط الثاني: أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته فإنه لو ادعى رجل على رجل هبةً وقلنا إن الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه بالجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلنا بالقول المخالف للشأ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع عنها ما لم تقبض فإن بعض الناس ذهب إلى أن الجواب فيه لا يلزم؛ لأن المستول عن هذا لو أقر بذلك وقال رجعت عنه فإنه لا يلزمه مطالبته بشيء، ولا فائدة في إلزامه ما لو أقر به لا يلزمه إذا رجع عنه وكذا في دعوى العدة على القول بأنه لا يجب الوفاء بها والوصايا التي له الرجوع فيها. الشرط الثالث أن تكون مما يتعلق بها حكم أو غرض صحيح، فمثال ما يتعلق بها حكم إذا طلب المدعي عين المدعى عليه فقال له المطلوب: كنت استحلقتني فاحلف لي أنك لم تستحلطني. على هذا الحق فيما مضى لم يكن للمدعي أن يحلفه مِمَّا ثانية حتى يحلف وبهذا القضاء أ هـ. وفي هذا قال الشيخ خليل وله يمينه أنه لم يحلفه أولاً قال وكذا أنه غير عالم بفسق شهوده واحترروا بالفرض الصحيح من الدعوى من عشر سمسة فإنه لا ينبغي لحاكم سماع مثل هذه الدعوى لأنه لا يترتب عليها نفع شرعي، والظاهر أنه يكتفى عن هذا الشرط بوجهيه بالشرط الذي قبله. الشرط الرابع: أن تكون الدعوى محققة فلو قال: أظن أن لي عليه ألفاً، وقال المدعى عليه في الجواب: أظن أنني قد

وقوله: (فمجموعها خمسة شروط إلخ) قد لفتت في هذا ما نصه:

علم بها لزومها من صدقاً ولا مكذب وقد تعلقاً

حكم بها ثم صحيح قصد تحقيقها شروط دعوى الرد

أي الدعوى التي يجيب عنها الخصم لزوماً إما بالموافقة للمدعي أو برد كلامه.

قضيته لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم بالمجهول وقد تقدم هذا. الشرط الخامس: أن تكون الدعوى بما لا تشهد العادة بكتبتها كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبيّن ويؤجّر طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من غير توقيع رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعي أن له فيها حقاً وليس بينهما شركة، ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه، (فهذا لا تسمع دعواه أصلاً) فضلاً عن بيئته لتكذيب العرف. الثالث تقدم أن الناظم ذكر في هذا البيت بعض شروط الدعوى الصحيحة وقد قدمنا للكلام على بقيتها (وأما الدعوى نفسها) فهي كما قال القرافي طلب معين أو في

وقوله: (وأما الدعوى نفسها إلخ) لفقنا في هذا أيضاً ما نصّه:

الشرح للدعوى بما لا يشتبه قصد معين وما في ذمته

أو ادعاء ما عليه يعني أحد هذين لدى من بعني

وتمثّل الشارح بالهبة فيه نظراً؛ لأنه يطلب المدعى عليه بالجواب لاحتمال أن لا يرجع ويهرب من خلف الوعد، والأولى التمثيل بالدعوى على الصبي أو السفه أنه سرق مثلاً شيئاً لا يعرف بعينه إذ إقرارهما في هذا لا عبرة به فانهم. وقوله أيضاً: (فهذا لا تسمع دعواه أصلاً إلخ) ظاهره أن المدعى عليه لا يلزمه الجواب بإقرار ولا بإنكار وليس كذلك كما في الخطاب فإنه أنكر هذا، فقف عليه إن شئت عند قول المتن في الحياة لم تسمع ولا بيئته إلخ.

تكتيان: الأول: قول هذا الشارح: ومسألة ما إذا لم تحقق الذي إلخ لم يبين ما هو المذهب في توجه بين التهمة والمذهب وتوجهها وعدم انقلابها، انظر ذلك عند قول الناظم: وتهمة إن قويت بها تجب إلخ. وأصل ما رمز إليه هذا الشارح هو قول ح على قول المختصر بمعلوم محقق ما نصّه نحوه لابن الحاجب، فأورد عليه ابن عرفة توجيه بين التهمة على القول بها فتأمله والله أعلم اهـ بلفظه. وفي هذا نظر، فإن كلام الناس إنما هو هل تسمع الدعوى ويكلف المدعى عليه الجواب أم لا في اليمين، لأن الدعوى قد تحتاج للجواب ولا يمين فيها، والمشهور أن اليمين تجب في دعوى التهمة ولا تنقلب، ولكن إذا كان المدعى عليه تليق به التهمة كما ذكرناه عند قول المختصر في الشرح وحلف المتهم في كتاب الوديعه. **الثاني:** ما احتج به هذا الشارح من قول خليل في مختصره. وله يمينه إلخ في ذلك نظر واضح لأن كلام خليل فيهما غير مسلم، وأن الظاهر في ذلك عدم اليمين في الصورتين وهو الحق إن شاء الله تعالى، وقد بينا ذلك في شرحنا للمسانتين غاية البيان بكلام الفحول من الأئمة الأعلام، بل قال البرزلي في نواوله ما نصّه: سئل اللخمي عن رجل يدعي على الرجل يدعوى فيقول له: احلف لي أنك ما حلفتني إلخ. فأجاب بأنه لا يمين على الطالب في ذلك، ولو مكّن الناس منها لدخل عليهم ضرر عظيم لأنهم يهابون الأيمان، فلا يقدر الطالب أن يصل إلى الطلب إلا بعد يمينه ويقابل يميناً يمين إلخ. وهذا منه بلفظ من نوازل الفلاس، وكلام التوضيح هنا وابن مروق فيه ما فيه فقف على شرحنا به يظهر لك الحق بدليله إن كنت ممن يطلب الحق والله حبيب من لم ينصف، وهذه أحكام الله تعالى، وقد أكلت بهذا أموال يعلم عددها الكبير المتعالي. وعند الله سبحانه يكون المقاتل، ومنه الماسحة والسؤال. وقول هذا الشارح وبهذا القضاء اهـ. قف على ما فيه في الشرح.

ذمة المعين أو ادعاء ما يترتب عليه أحدهما بطلب المعين، كدعوى أن هذا الثوب، أو هذه السلعة كلٌّ منهما ملكٌ له وغصب منه أو سرق له وما في ذمة المعين كالدين والسكِّم ونحوهما، ثم المعين المدعي عمارة ذمته إما معين بالشخص كزيد، أو بالصيغة كدعوى الذية على العاقلة، أو القتل على جماعة، أو أنهم اتلفوا له مالا، وادعاء ما يترتب عليه أحدهما إما معين، كدعوى المرأة الطلاق أو ردة زوجها، فيترتب عليه أن تطلب حوز نفسها وهي معينة أو ما في ذمة المعين، كدعوى المرأة المسيس، ودعوى المقتول أن فلانا قتله خطأ، فيترتب على الدعوى في المثالين طلب ما في ذمة المعين، وهو كمال الصداق والدية، والتأمين أيضاً إما بالشخص، كالزوج في المثال الأول، أو بالصيغة كالعاقلة في المثال الثاني، والله أعلم. الرابع جعل النأظم المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه أركناً للقضاء، وهو ظاهر وعد في التبصرة أركان القضاء ستة كما تقدمت عنه قبل هذا البيت ولم يعد منها واحداً من الثلاثة التي في البيت، والظاهر اندراج المدعي والمدعى عليه في المقضي له أو عليه، واندراج المدعى فيه في المقضي فيه والله أعلم. وانظر كيف جعل النأظم تحقق الدعوى والبيان شرطين في المدعى به وجعلهما ابن فرحون شرطين في الدعوى فتأمل ذلك والله أعلم.

والمدعي مطالب بالبيّنة وحالة العموم فيه بيته

والمدعى عليه باليمين في عجز مدّع عن التّبين

الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام: «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر». فقول النأظم: والمدعي مطالب بالبيّنة هو معنى الجملة الأولى من الحديث الكريم وهو قوله: «البيّنة على المدعي» ثم أفاد بقوله: وحالة العموم فيه بيته أن المدعي مطالب بالبيّنة كيف كان صالحاً أو فاسقاً تقياً أو فاجراً. قال المارزي: جعل حجة المدعي البيّنة وهي لكل مدّع عموماً، وقول النأظم والمدعى عليه باليمين هو معنى قوله في الحديث «واليمين على من أنكر» وأفاد النأظم بقوله: في عجز مدّع أن المدعى عليه إنّما يطالب باليمين في حالة عجز المدعي عن إقامة البيّنة على دعواه، وأمّا إن أقامها فإن الحق يثبت ولا يمين على المدعى عليه. واعلم أن مطالبة المدعي بالبيّنة والمدعى عليه باليمين مقيّد بإتكار المدعى عليه، وأمّا إن أقرّ فلا يفترق إلى إقامة البيّنة ولا إلى اليمين، وفي مثل هذا يقول الفقهاء: أقرّ الخصم فارتفع النزاع.

(تنبيه: ظاهر كلام النأظم أن اليمين تنوّه على المدعي عليه للنكر بمجرد الدعوى وإن

(وقوله: الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام: البيّنة على المدعي إلخ) هذا الكلام ذكر ابن رشد وغيره من الفقهاء أنه حديث، ورد ذلك ابن سهل في أحكامه وأطال في ذلك قاتلاً: إنّما الحديث شاهدك أو يمينه.

وقول هذا الشارح: (تنبيه ظاهر كلام النأظم إلخ) ما ذكره في هذا التنبيه ذكره غيره كذلك، ولكن القاضي يحتاج في ذلك إلى اتساع علم وعقل ومراعاة أحوال المدعي والمدعى عليه وقرب

لم تثبت خلطة بينه وبين المدعى، وله العمل عندنا ابن عرفة قطع ابن رشد في سماع أصبغ أن مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة ومثله لابن حارث ونقل ابن رزقون عن ابن نافع: لا تعتبر الخلطة. ابن عرفة: ومضى عمل القضاة عندنا عليه (ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام) عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها (إلا إن) طلبها منه المدعى عليه ا هـ.

الدعوى ويعدها، أي باعتبار قرائن الأحوال للمحنة بالنزلة ونشر إلى شيء من ذلك. قال ابن شاس: الدعوى على مراتب أعلاها ما يشهد له العرف بأنها مشبهة مثل أن يدعي سلمعة معينة فلمدعيها أن يقيم البينة عليها أو يحلف المدعى عليه بلا خلطة. الثانية ما شهد أنها غير مشبهة إلا أنه لم يقضي بكذبها، مثل أن يدعي على رجل ديناً فلمدعيها إقامة البينة عليها ولا يستحلف المطلوب إلا مع الخلطة وبهذا غايرت الأول والثالثة ما قضى العرف بكذبها ومثله ابن حارث شيخنا الحيازة للمعلومة بالشروط المعلومة، ثم قال: إن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة، فإنها مرفوضة غير مسموعة إلخ وهذا منه بلفظه، وتبعه على ذلك ابن فرحون في تبصرته وغيره. وقال ابن ناجي على المدونة ما نصه: ما ذكره من ثبوت الخلطة هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة، وقال ابن نافع: لا تشترط حكاية ابن رزقون وبه قال الأتقليسيون واستمر عليه العمل عندنا في الأكثر، وأفتى شيخنا حفظه الله تعالى لما كان عندنا بالقيروان باشتراط ذلك في امرأة من وجوه الناس بما ادعى عليها وأمر قاضيها بالحكم ففعل، وبه أفتى شيخنا أبو يوسف منذ مدة قريبة هذا لفظه. وقال ابن هلال: أفتى ابن رشد في امرأة من أهل الصون والستر ادعي عليها بدعوى بأن لا بين عليها إلا بعد الخلطة هذا لفظه من نوازل، وكان من ذلك لم يقفوا على فتوى ابن رشد بل قال في الكافي ما نصه: المعمول به عندنا أن من عرف بمعاملة الناس مثل التجار بعضهم لبعض ومن نصب نفسه للبيع والشراء وياشر ذلك ولم ينكر منه قاليمين عليه لمن ادعى معاملته ومداينته بما يمكن، ومن كان بخلاف هذه المنزلة مثل المرأة المستورة المحتجبة والرجل المستور المتقبض عن مداخله المدعى عليه والملازمة فلا تجب اليمين عليه إلا بالخلطة، وفي الأصول إن جاء بما لا يشبه ولا يمكن في الأغلب كذب ولم يقبل منه هذا لفظه. ثم استدلى على ذلك ثم قال: هذا أصل فيما ذكرناه وفيما يشبه هذا لفظه ولا محيد عنه لأنه مفصل بين فعليك به، وهذا هو الذي أشار له في اللامية، لكن ببلدة يوسف يخص بها ذات الحجاب وذو العلا إلخ ويوسف هو ابن عبد البر وبلدته هي قرطبة. وقرول هذا الشارح عن ابن عرفة (ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام) بقوله: هذا كلام ظريف حسن مفصل، وهذا قال فيه المتيطي آخر الحملالة والرهون ما نصه: قال ابن الهندي كان بعض من يقتدى به يتوسط إلخ. وفي نوازل ابن الحاج بعد كلام ما نصه: وقد رأي اليمين بمجرد الدعوى دون اعتبار خلطة جماعة من العلماء، وقاله بعض المالكيين، وبه كان ابن لبابة يفتي، وبه جرت الأحكام عندنا قديماً، وبه أدركت من درج من القضاة يقضون ومن سلف من فقهاءنا يفتي به، وبه أفتى من استفتاني، إلا أنه قد يلوح للحاكم في النزلة وجه الحق بما يتضح عنده من دلائله وأحكامه وأسبابه براءة المطلوب لحيره وبعده عن المطلب الذي طلب به مع عدم الشبهة والخلطة، فإذا كان كذلك عمل بحسبه في إسقاط اليمين من غير هوى يكون له فيه أو حيف يعلمه الله تعالى منه فلا حرج عليه، وأما ما جرى به الحكم وقياس القضاة فعلى ما ذكرته ا هـ. وقوله: (إلا إن إلخ) كلام حق لا محيد عنه لتصف فهم يخشى الله تعالى، ولذلك قال ابن عرفة بعد كلام ما نصه: والتحقيق اعتبار قرائن الأحوال في النوازل إلخ. وأشار إلى أن ذلك يكون اعتبار المدعي فيه والمدعى عليه إلخ. قال كاتبه: وكذا يراعى حال المدعي واعتبار قرائن

وقال المتطي: قال محمد بن عبد الحكم: تجب اليمين على المدعى عليه دون خلطة وبه أخذ ابن لبابة وغيره. وقال ابن الهندي: كان بعض من يقتدى به يتوسط في مثل هذا إن ادعى قوم على أشكالهم بما يوجب اليمين أو جيبها دون إثبات الخلطة، وإن ادعى على الرجل العدل من ليس من شكله لم يوجب عليه اليمين إلا بإثبات الخلطة. قال أبو الحسن الصغير: هذه من المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب مالك؛ لأنهم لا يعتبرون خلطة ويوجبون اليمين بمجرد الدعوى وعليه العمل اليوم أهـ. وفي هذه النظائر قال الشيخ ابن غاري في باب الجهاد من تكميل التقييد:

قد خولف المذهب بالأندلس في ستّة منهنّ سهم الفرس
وغرس الأشجار لدى المساجد والحكم باليمين قل والشاهد
وخلطة الأرض بالجسزء تلي ورفع تكبير الأذان الأوّل

الأحوال أصله في تبصرة اللخمي، ونسب ابن سهل العمل بالخلطة للمالك وأصحابه قائلًا: وبه جرى العمل بالمدينة. وفي تكميل ابن غاري عن القوري: جرى القول بقول ابن نافع منذ ماتني سنة. وفي ابن سهل أن القول بنفي الخلطة هو قول أبي حنيفة والشافعي وابن حنبل والثوري وابن راهويه إلخ. وإذا ثبت هذا فالمرأة للحجوبة مثلاً إذا ادعى عليها أجني وهو لا يخالطها لا إشكال في كون العرف يكذب المدعى عليها بدین ولذلك أسقط الفقهاء عنها اليمين وكذا من في معناها، وإذا خالطت المدعي ارتفعت شهادة العرف بكتبه، ويدل على ذلك أن الدعوى التي يكذبها العرف أو يصدقها لا عبرة بالخلطة فيهما، الأولى توجب اليمين مطلقاً، والثانية لا يصدق مدعيها، والمتوسطة هي التي وقع الخلاف في الخلطة فيها، فالمسألة لم تبق ولا بد على من قال جرى العمل بعدم الخلطة وأطلق ومن استثنائها وقال إلّا في نحو المرأة للحجوبة فمراده أن الخلطة فيها موجبة لليمين، والحاصل المعتمد هو القرائن، ودليل ذلك كلام الناس وبعد الدعوى وقربها باعتبار المدعى فيه وعليه والمدعي وهذه أمور لا تنضبط لزمان، وإنما يفيد فيها مراعاة القرائن، ويدل على ذلك ما قاله اللخمي في ادعاء الوديع أن ذلك بثلاثة قيود: أن يكون المدعى عليه يملك ذلك، وأن يكون هناك ما يوجب الإيداع، وأن يكون المودع ممن يودع مثل ذلك إلخ. ونقله الفحول وسلموه إلا ترى إذا أتى فقير معروف بالفقر معروف بالكذب وادعى على رجل غني وقد سلف الفقير مراراً متعددة أو باع منه بالدين مراراً متعددة بما يتناسب حاله من نحو درهم أو درهمين أو عشرة ثم ادعى هذا الغني أنه سلف هذا الفقير ألف دينار فإنه لا عبرة بدعواه حتى مع هذه المخالطة لأن العرف جار بأن الفقير لا يسلف مثل هذا العدد، وهذا في الحقيقة راجع لبعد هذه الدعوى كما في مسألة المحجوبة وأمثالها، وكذلك إذا ادعى هذا الفقير أنه باع سلعة بألف دينار للغني المذكور فإنه لا تقبل دعواه إذ الفقير لا يملك مثل هذا المبيع، أو ادعى فقير معروف بالكذب على ذي منصب ليس من شأنه أن يتسلف من أمثال هذا الكذاب، ولا أن يخالطه وكون مخالطته تزري به، أو كان ذو المنصب يهجره لكلبه مثلاً وديانة ذي المنصب، وعلى هذا المنحى ينحو القاضي ويتأمل بعد الدعوى وقربها متوكلاً على الله في أن يفتح له وجه الحق. وقد كنت زمن ولايتي القضاء بالمدينة

وقد ذكر القاضي المكتاسي في آخر مجالسه: أنَّ أهل الأندلس خالفوا مذهب ابن القاسم في ثمان عشرة مسألة وعدّها، فانظرها فيه إن شئت

(والحكم في المشهور) حيث المدعى عليه في الأصول والمال معا
وحيث يلغيه بما في الذمة يطلبه وحيث أصل ثمة

تكلم في اليتين على ما إذا كان المدعي في بلد المدعى عليه في بلد آخر أين يكون

اليضاء يأتي الفقير من المسلمين وليس عنده ذيانة رائلة على مجرد الإسلام بأكابر من أهل الذمة ويدعي عليهم بيع ما لا يبيعه أمثاله ويطلب اليمين بالسفر حيث ينكره الواحد من أكابر أهل الذمة وهم يخافون من الخلف بالسفر فيصالحون المدعي بأقل شيء، فيظهر لي أن هذه الدعوى كاذبة من جهات شتى وكنت أجتهد في ذلك والله المطلع، فافهم هذا المشار إليه إن كنت تريد القضاء بالحق والله المعين.

وقول الناظم: (والحكم في المشهور إلخ) حاصل ما ذكره هذا الشارح أن المدعي عليه إذا كان ببلده مقيماً طلب في محله في الأصل وغيره، وإن خرج عن محله فإن كان الحق في الذمة طلبه به حيث هو، وإن كان مقيماً فلا يطلبه في محله إلا إذا كان ذلك المعين ثم يبعه، والمسألة ذات خلاف قوي، وحاصل ما نقلناه في شرحنا لقول المتن، وهل يراعى حيث المدعى عليه أو المدعي وأقيم منها أن الخلاف إنما هو حيث المدعى عليه أو فيه وذلك في موضعين حيث تكون الدار بمحل المدعي بالكسر أو بغير محل المتداعيين معاً وهذا في المعين، ولا يتأتى الخلاف حيث يكون المدعى فيه بمحل المدعى عليه، وأما الذين فحيت يتعلق به يكون الحكم، ولا عبرة بمحل المدعى بالكسر على المذهب من حيث أنه مدع، ولكن حيث المدعى عليه هو الراجح وهو قول مطرف، وقد بينا ذلك في الشرح غاية، فإذا كان المطلوب بالكوفة والدار ببلد آخر فإن الحكومة إنما تكون حيث المطلوب الذي هو المدعى عليه على قول مطرف الذي رجح بخلاف ما في هذا الشرح، فإن الحكومة إنما تكون حيث الدار وهو تابع لابن الناظم. قال الحسن على قول المدونة في كتاب الشفعة عند قولها إذا كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه إلى آخر المسألة ما نصّه: يقوم منه أن التحاكم حيث المدعى عليه وهو قول مطرف وأصبح وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل: حيث المدعى فيه قاله عبد الملك، وقيل: حيث الشهود، وقيل حيث القاضي العدل وهو قول سحنون وابن كنانة، وقيل حيث المدعي وهو أضعفها وهو بعيد قال: ولم أره منصوباً وهذا كله في الأصول، وأما ما يتعلق بالنظم فحيث لقي الطالب المطلوب انظر نوازل سحنون هذا لفظه، ولما ذكر ابن فرحون قول ابن الماجشون قال عن فضل وبه قال سحنون وابن كنانة، قال ابن كنانة: إلا أن يكون أحد القاضيين جائراً فالخصومة حيث العدل إلخ هذا لفظه، وفيه إيهام أن سحنون قال إلا أن كان إلخ وإنما هو لابن كنانة وإن كان ابن كنانة قد لا يخالف في ذلك لأن الجائر لا يلزم الخصام عنه ولا تلزم إجابة من دعي إليه كما في القرافي وغيره، وذكر ابن مروق أن اللخمي اختار قول ابن الماجشون، وذكر عياض أن قول مطرف به الحكم بالمدينة، وبه حكم ابن بشير بالأندلس وقاله أصبح وسحنون واستدل له بما في الكتاب إلخ. وفي ابن سهل مثل ما تقدم، وفي كلام المتيطي شيء يخالف كلام الناس، وفي ابن الناظم إن ما في الذمة هو المطلوب أي فلذلك طلب به حيث وجد، وعلى هذا فالمعتبر في الحكومة حيث المطلوب مطلقاً على الراجح، وكلام التحفة ربما يحمل على غيره.

الحكم بينهما؟ فأخبر أنّ الحكم بينهما يكون في بلد المدعى عليه سواء كان الخصام في أصل أو دين في اللّمة، وإلى هذا أشار في البيت الأول، لكنته مقيد بما إذا كان المدعى عليه مقيماً لم يخرج عنه فإن خرج عن بلده فيفصل في المدعى فيه، فإن كان ديناً في اللّمة طلبه به حيث وجب له، وإليه أشار بقوله: وحيث يلقيه بما في اللّمة يطلبه، وإن كان أصلاً فلا يحبس المطالب به إلا إذا كان الأصل في الموضع الذي اتقاء فيه المدعى، وإليه أشار بقوله: وحيث أصل ثمّ قال الشارح البيت الأول تضمّن معنى ما في كتاب الجندار ونصّه مثل عيسى عن الرجل من أهل قرطبة تكون له الذكرا، أو الحق بجيآن فيدعى ذلك رجل من أهل جيآن فيريد الجيآني مخاصمة القرطبيّ عند قاضي جيآن حيث الشيء المدعى فيه أرفع معه القرطبيّ إلى هنالك؟ قال: لا يرفع معه، ولكن لا يكون الحكم بينهما حيث المدعى عليه بقرطبة، وروى ابن حبيب عن مطرف مثله. قال مطرف: ولا يلتفت إلى حيث المدعى ولا إلى حيث الذكرا التي ادّعت ا هـ. وتقل الشارح أيضاً ما نصّه. وقال: فضل إن قول ابن القاسم مثله، وذلك فيما يختص بالأصول، وزاد التأظم: المال تبعاً لاهل الأحكام بأنّه من باب القياس الجليّ، فإنّ المدعى عليه أي القرطبيّ إذا كان لا يرفع إلى حيث المدعى والمدعى فيه - وهو جيآن - فأحرى أن لا يرفع إلى حيث المدعى وحده؛ لأنّ المدعى فيه في ذمة المدعى عليه فهو معه، وهو ظاهر ا هـ. قال الشارح والبيت الثاني تضمّن معنى قول ابن حبيب: وإن كانت الدّوى في حق من الحقوق التي تكون في ذمة الرجل كالدين وما أشبهه فإنّما يخاصمه حيث تعلق به، وكذلك إن كان العقار أيضاً بالموضع الذي تعلق به فيحسبه لمخاصمته في ذلك الموضع، وإن كان المدعى فيه في غير الموضع الذي تعلق به فليس للمدعى أن يحسبه لمخاصمته حيث تعلق به ا هـ. بقوله: بالموضع الذي تعلق به ظاهر في كون المدعى الطالب وجد المدعى عليه للمطّوب يبلد غير بلده، وفيها العقار الذي يتنازع فيه فيتحاكمان هنالك، وهو قوله: وحيث أصل ثمّ وهذا التعلّل هو الموجب لتقييد قوله حيث المدعى عليه بالأصول بما إذا كان المدعى عليه يبلد لم يخرج عنه، وأمّا إن وجد الطالب المدعى عليه يبلد غير بلده، وليس فيها الأصل المتنازع فيه، فلا يحسبه إلا في بلد الأصل، وإليه أشار ابن حبيب بقوله وإن كان المدعى فيه في غير الموضع إلخ، وهو مفهوم قول التأظم: وحيث أصل ثمّ هذا حاصل البيتين. وفي مختصر الشيخ خليل وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعى وأقيم منها؟ ونحوه في توضيحه. وفي ابن عرفة الخصومة في معين دار أو غيرها في كونها يبلد المدعى فيه قاله ابن الماجشون وسحنون أو يبلد المدعى عليه، ولو كان بغير بلد المدعى فيه قاله مطرف ثالثها هذا، وحيث اجتماعهما ولو بغير بلد المدعى فيه قاله أصبغ، وقال: كلّ من تعلق بخصم في حقّ فله مخاصمته حيث تعلق باللّمة من دين وحقّ لا في العقار ا هـ. عن نقل للمواقف.

وقدّم السّابق للخصام والمدعى للبلد بالكلام

اشتمل البيت على مسألتين كلّ شطرٍ منهما على مسألة الأولى: إذا تعدّت الخصوم عند

القاضي، فإنه يقدم الأول فالأول فإن جهل السابق فيأتي حكمه للنظام. قال اللّخمي: ويقدم القاضي الخصوم الأول فالأول إلا في المسافر أو ما يخشى فواته هـ. وفهم من قوله: وقدم السابق أن غير السابق لا يقدم، ولكنه مقيّد بما في كلام اللّخمي بغير المسافر، وما يخشى فواته أما هما فيقدمان ولو تأخرا. وفي ابن الحاجب: وإذا تزامن المدعون فالسابق ثم القرعة إلا في المسافر، وما يخشى فواته. التوضيح قيل: وينبغي أن يوكل من يعرف الأول فالأول، فإن لم يعرف الأول أقرع هـ. ويأتي بعد بيت أنه يقرع بينهما عند جهل السابق. المسألة الثانية: إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي فإن المدعي يبدأ بالكلام حتى يفرغ، وحينئذ يتكلم المدعى عليه. قال ابن أبي زمنين: من شأن حكّام العدل إذا وقف عند أحد منهم خصمان أن يقول لهما من المدعي منكما؟ فإن قال أحدهما: أنا المدعي، قال له: تكلم وأمر المدعى عليه بالسكوت حتى يفرغ المدعي من مقاله، فإن قال كل واحد منهما عن صاحبه أنه المدعي أمرهما بالارتضاع عنه حتى يأتي أحدهما يطلب الخصومة فيكون هو المدعي كذا قاله ابن حبيب، ورواه عن أصبغ ويأتي ذلك في البيت بعد هذا.

وحيث خصم حال خصم يدعي. فاصرف ومن يسبق فذاك المدعي

وعند جهل سابق أو مدعي من لجّ إذ ذاك لقرعة دعي

لما قدم أن المدعي يبدأ بالكلام، وذلك إذا عرف وأنه إذا تعددت الخصوم عند القاضي يبدأ بالأول إذا عرف أيضا أخبر هنا أنه إذا جهل المدعي بحيث ادّعى كل واحد منهما أنه المدعي، أو أنه المدعى عليه فإن القاضي يأمرهما بالانصراف عن مجلسه ومحلّ حكمه، ثم من رجع بعد ذلك لمجلس القاضي فهو المدعي، وعلى هذا نبه بالبيت الأول. وقد تقدّم قبل هذين البيتين نص ابن أبي زمنين فراجع إن شئت ثم إن لم يعلم المدعي بما ذكره من صرفهما إما لتجاهلتهما أو لرجوعهما إليه معًا بعد صرفهما عنه، فمن لجّ في ذلك أو خاصم وادّعى أنه المدعي ولم يوافق خصمه، وادّعى ما ادّعاء خصمه فإنه يقرع بينهما فمن خرج سهمه فإنه يقدم بالكلام، وعلى ذلك نبه بقوله: أو مدعي من لجّ إذ ذاك لقرعة دعي؛ لأنه أي قوله: أو مدعي معطوف على سابق مدخول للجهل وفي الواقع عن ابن عبد الحكم: وإن لم يعرف الجالب بدأ بأيهما شاء، فإن كان أحدهما ضعيقا فاحبّ إليّ أن يبدأ به، وإن بقي كل واحد منهما متعلقا بالأخير أقرع بينهما هـ. (ولم أقف الآن على القرعة إذا جهل المدعي)، ولعلّ النظام قاسمه على جهل السابق في الخصوم وكذلك إذا جهل الأول من الخصوم، ولجّ وخاصم كل واحد مدّعيًا أنه الأول فإنه يقرع بينهما أيضًا، وعلى ذلك نبه بقوله: وعند جهل سابق البيت. اللّخمي: إن تعلّز معرفة الأول من الخصوم كتبت

وقوله: (ولم أقف الآن على القرعة إذا جهل المدعي) قال في المختصر: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام وإلا فالجالب وإلا أقرع إلخ. وقال قبل هذا والقول للطالب ثم من سبق رسوله وإلا أقرع كالادعاء إلخ. فقوله كالادعاء مع قوله وإلا أقرع إلخ فيه ما لم يقف عليه هذا الشارح والنص في شروح المختصر لن وقف عليها فافهم.

أسماءهم في بطائق، وغلطت فمن خرج اسمه بدئ به وذلك كالقرعة بينهم ا هـ. وتقدم قبل البيتين كلام ابن الحاجب

فصل في رفع المدعى عليه وما يلحق به

دخل في قوله: وما يلحق بذلك، أي برفع المدعى عليه حكم من عصى الأمر ولم يحضر، وهو الطبع عليه وعلى من تكون أجرة العون.

ومع مخيلة بصدق الطالب يرفع بالإرسال غير الغائب
ومن على يسير الأميال يحل فالكذب كاف فيه مع أمن السبل
ومع بعد أو مخافة كتب لأمثل القوم أن افعل ما يجب
إما بإصلاح أو الإغرام أو أزعج المطلوب للخصام
ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع عليه ما يهمله كي يرتفع
اعلم أن الخصمين لا يخلو حالهما من إحدى حالتين: إما أن يحضرا معا عند القاضي متفقين على المدعى والمدعى عليه منهما أو مختلفين فيهما، وقد تقدم ذلك، وإما أن يحضر أحدهما - وهو الطالب - ولا يحضر المطلوب. ثم إن هذا المطلوب الذي لم يحضر مجلس القاضي لا يخلو حاله من وجهين: إما أن يكون حاضرا معه في البلد الذي هو فيه، وإما أن يكون غائبا عنه بموضع هو تحت إيالة القاضي المتداعي إليه، وعلى هذين الوجهين تكلم الناظم في هذه الآيات، فلتخبر أنه إن كان حاضرا معه في مضره فإن القاضي يوجه إليه أحد خدامه يرفعه لمجلس الحكم، وإن لم يكن معه في المضر، فإن كان على يسير الأميال مع أمن الطريق من موضعه إلى محل الحكم من الحاضرة، فإن القاضي يكتب إليه يأمره بالحضور عوضا من دفع الختام الذي كان عليه العمل قديما، وإن كان بعيدا إما بعدا حسيا من جهة المسافة، وإما بعدا معنويا من جهة الخوف فإن القاضي يكتب لأمثل من بموضع حلول المطلوب بالأمر بفعل ما يجب من النظر المؤتي للتناصف بينهما إما بالصلح أو بالغرم، أو بالعزم على المطلوب في الوصول لحل الحكم.

(ورفع المطلوب من موضعه): لمجلس الحكم في الأوجه الثلاثة مقيّد بظهور مخايل

فصل في رفع المدعى عليه وما يلحق به

قوله: (ورفع المطلوب من موضعه إلخ) كلام الناس في هذا كثير غاية، وقد استوفيناها والحمد لله عند قول المختصر: وجلب الخصم إلخ، وكلامهم يقتضي أن المسافة ثلاث من على نحو ثلاثة أميال من محل القاضي يرفع بالخاتم أو بالعون، ومن على مسافة العدوي وهي مسافة القصر فهذا يكتب فيه لأهل الفضل على النعت المذكور في التحفة، ولا يرفع إلا إذا لم يتأت الإصلاح في المحل المذكور، وما بين هاتين كنصف يوم أنه يكتب إليه ليرتفع إلى مجلس الحكم،

صدق المدعي في دعواه، وعلى ذلك نيه بقوله: ومع مخيلة بصدق الطالب وهو جار على ما قال سحنون من أن الحاكم لا يدفع طابعه ولا يرفع المظلوم حتى يأتيه الطالب بشبهة؛ لئلا يكون مدعيًا باطلاً يريد تعنت المظلوم. اهـ. وقال ابن عرفة: ظاهر قول ابن أبي رزمين أنه يرفع، وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه جرى العمل ولم يعتدده النظام، هذا حاصل الآيات ما عدا الأخير منها، والمخيلة دليل الصدق، ومخايل الصدق دلالة، وغير الغائب هو الحاضر مع الطالب في بلده، وإذا كان قريباً وكتب إليه ليحضر ولم يحضر - والطريق مأمونة - فإنه يحكم عليه بالحاضر معه في البلد، وأما إذا كان المظلوم في بلد ليست تحت عمالة القاضي الذي حضر الطالب بين يديه، فإن كان حلوله بها لتجارة أو زيارة أو نحوها، فيأتي حكمه في فصل البيع على الغائب من باب البيع إن شاء الله، وإن كان حلوله بها أصالة؛ لكونها بلده وموضع سكناه ووطنًا له بقي موضع تعيين الحكم بينهما تفصيل تقدم في قوله: والحكم في المشهور إلى آخر البيتين، وأما قوله: ومن عصي الأمر البيت فمعناه أن من دعاه القاضي لحضور مجلس الحكم مع خصمه فتعيب، ولم يات فإن القاضي يطبع عليه ما يهمة طبعه بما لا صبر له عنه كدلوه وحانوته ليرتفع أحب أم كره، وصفة الطبع أن يلصق شمعاً أو عجياً بالباب وبما يليها ويتصل بها حال سدّها، ويطبع عليها بطابع عليه نقش أو كتابة يظهر أثره في ذلك الشمع أو العجين، فإذا فتح الباب ورد ذلك الشمع أو العجين لمحل أو لا تغير نقشه، وعلم أن الباب قد فتح فيعاقب من فتحه أشد العقوبة، وهذا الطبع أولى من التسمير؛ لأنه يعيب الباب أو يفسده. قال في المقصد المحمود

وهذه أمور لمن رزق فهمًا لا تنضب، وإنما ذلك بحسب مصلحة المدعي والمدعى عليه وتوصل الحق لربه، وقد يكون الشيخ الكبير تقصر عليه ثلاثة أميال إن لم يكن عنده ما يركبه، وقد يكون اليوم باعتبار الشباب الذي عنده للركوب يسيراً لا سيما إن عظم الأمر المتنازع فيه أو تشعبت الخصام، بل مسافة اليومين في هذا تكون قرية إن لم يكن عارض يعتبر محل المدعى عليه هل فيه من يكفي أم لا، وضعف الطالب وكثرة الإتيان في وقت اعتبار الأزمان والمكان، ومن على قيام سفر وغيره والدعوى في الدماء وما يخاف إزدياده، وهذه أمور يرجع فيها الاجتهاد للقاضي وهو يحتاج فيها مع ذلك لاتساع علم وعقل وتؤدة ومراقبة الله تعالى ومراعاة أحوال المدعي والمدعى عليه من قووي ضرره منهما ومن لا، ومن يصعب عليه الإتيان لمجالس الحكام ومن لا، السؤال عن المدعي والمدعى عليه إن أنكر هل المدعي من شأنه إخراج الناس؟ وهل المدعى عليه من أهل البلد أم لا؟ ولا سلامة للقاضي إلا بمراعاة هذه الأمور وما يشبهها لأنها ربما يضيح حق الطالب، وربما يخرج المظلوم فيما لا يجب عليه. وقول ابن عرفة: ظاهر قول ابن أبي رزمين أنه يرفع وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه جرى العمل إلخ، بل هو ظاهر كلام كثير من المتقدمين والمتأخرين غير خاص بابن أبي رزمين، وهذا عجب من ابن عرفة في اقتصره على الإشارة لكلام ابن أبي رزمين وما أشار إليه من كلامه هو في متخيه، وقد أطلق ابن ديبوس في المسألة ولم يذكر لطفًا في المسافة القريبة وترك اللطخ فيها ظاهر لأنه لا كبير ضرر على المظلوم في رفعه لمجلس الحاكم ولا كذلك غير القريبة، وقد تقدم أن القرية هي نحو ثلاثة أميال أي فاقل، وقال البيهقي في قوله ابن عرفة للمتقدم ما نصه: ويهمل الظاهر جرى العمل الآن اهـ. أي يعلم شرط للمخيلة. وقال أيضاً: وبالرسول جرى العمل دون دفع الطابع وصدق في هذين الأمرين، فإن أشياخنا من القضاة

وإن تغيّب المدعى عليه طبع القاضي على داره، وهو أحسن من التسمير؛ لأنه يفسد الباب فإن لم يفسله سمره عليه بعد أن يخرج منها ما فيها من الحيوان وبني آدم هـ. وعبر بعضهم عن هذا الطبع بالتحتم قال في الطرر عن الشعباني: من ادعى على غيره دعوى، ودعاه للقاضي فإن امتنع ختم له خاتماً من طين هـ. وفي عرفنا اليوم الطبع والتم هو التسمير، وهو أن يسمر طرف جلد بالباب وطرفه الآخر بما يليها، فإذا فتح الباب ظهر ذلك غالباً فعوقب فاعله. وأما كونه يعيب الباب أو يفسله فلا يلتفت إليه الأمر فضلاً عن المأمور تهاوناً واستخفافاً.

وأجرة العون على طالب حتى ومن سواه إن ألد تستحق

لم نجد عندهم غير هذين الأمرين، وقد أثبتنا في شرحنا من هذا أموراً كثيرة تنفيذ القاضي الخائف من الله تعالى غاية فانظر ذلك إن شئت.

وقول الناظم: (وأجرة العون إلخ) قال في الوثائق المجموعة ما نصه: إن سأل طالب القاضي برفع مطلوبه لمجلس القاضي لينتد للقاضي إن كان قريباً أن يأمر غلامه الذي له الأجرة من بيت المال بالمسير عنه، فإن لم يكن في بيت المال أجرة قال أحمد بن سعيد: يدفع له القاضي طابعا يرفع به خصمه، فإن لم يرتفع جعل القاضي من رزقه للأعوان جعلاً إذا رفع المطلوب فيما يلزمه، فإن لم يفعل القاضي ذلك فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب عوناً يأتيه بالمطلوب إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه للقاضي فأبى أو منعه حقاً يقر به ويمطله فيه فيعزم المطلوب أجرة العون لا الطالب، وقال محمد بن عمر: لا تعلم تنبأ يوجب استباحة مال مسلم إلا الكفر وحده.

قلت: القول الأول هو قول ابن العطار تصعبه عليه ابن الفخر وهو محمد بن عمر وقال: قول ابن العطار خطأ، وترد تخطئته بأن الظلم الذي لا يوجب استباحة مال الظالم الذي لا يؤدي إلى إتلاف مال على المظلوم، وأما إن أتى إليه فلا يعد إضرامه كما قالوا فيمن منع المدية فمن اضطر إليها حتى مات ما افتر إلى تركيته بها لم يلقظه. ابن عروة في المسائل الملقطة ما نصه: اختلف العلماء هل يحضر الحاكم الخصم المطلوب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب الذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضره حتى يبين المدعي وهي رواية عن أحمد، ونقل عن الشافعي وليي حنيفة وعن أحمد في رواية أنه يحضره بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا ترجع فيبحث إليه من مسافة الدعوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه إلخ. وقوله: من مسافة الدعوى فيه نظر كما لا يخفاك بدليل ما رأيت من كلام الناس أن من على مسافة الدعوى لا يطلب هنا، والقول بوجوب السؤال قبل البعث متعين ولعله أخرى من قول للمختصر ولا قلياله الحاكم عن السبب إلخ. تنبيه: قولهم: الأجرة من المطلوب إن ألد هنا إن تبين أن الحق ثبت على المطلوب وماتل الطالب لا إشكال فيه وإن كان الطالب دما للمطلوب للقاضي وامتنع من اتباعه فيبحث له القاضي عوناً فأبى به وثبت عليه أنه امتنع من التلوم مع الطالب ولكن قال: دعائي باطلاً لا شيء عندي وأكرر وحلفه القاضي فهل هو ولد أم لا؟ هذا يظهر من كلامهم أنه غير ولد، فعبرة ابن الناظم معللاً لذلك ما نصه لكونه والله أعلم ظالماً والظلم أحق أن يحمل عليه، وكلام ابن الفتوح رأيت فيه العطف بأمر في كلام ابن عروة، والذي رأيت في نسخة عشيق من ابن فترج إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه إلى الارتضاع إلى القاضي فأبى ومنعه حقاً يطلبه فيه وهو مقر به إلخ، هكذا هو

العون واحد الأعوان وهم ورعة القاضي، أي خدامه الذين يتقنون أحكامه ويدفعون الخصوم عنه ويرفعونهم إليه. قال الشارح: ولو أمكنه إنفاذ الأحكام دونهم لكان أولى، ولكنه لا يمكنه ذلك فلا بدّ منهم، والأصل في مثل أرزاق هؤلاء أن يكون من بيت مال المسلمين كالواجب في رزق الحاكم الذي يصرفهم؛ لأنهم يقومون بأمور ليست لازمة لهم بأعيانهم، ومن قام بمثل ذلك من مصالح المسلمين فزرقه من بيت مالهم. ولما تعذر إجراء ذلك من موضعه نظر الفقهاء بما يوجب الاجتهاد على من تكون آجرة هذا الصنف؟ فافتضى النّظر أنّه على من يحتاج إلى إحضار خصمه وإمساكه، ويثبته إلى موضع انتصافه منه بقضاء ماله عليه أو إعطاء رهن أو حميل أو اقتضاء يمين أو حبس هذا إن لم يظهر من المطلوب مظلّ ولا لجأ، فإن ظهر ذلك منه ألزمه الفقهاء آجرة هذا العون؛ لكونه - والله أعلم - ظالمًا، والظالم أحقّ أن يحمل عليه، وعلى كون آجرة العون على الطالب إلا إذا تبيّن مظلّ ولدّد من المطلوب، فإنّ الإجارة حيثئذ تكون عليه نيّة النّظام بهذا البيت والدّد شدة الخصومة قال في القاموس لله خصمه فهو لادّ ولدود هـ. والنّظام استعمله رباعياً من

يعطفه بالسوا لا بأو التي هي لأحد الشّيتين وهذا هو الحق إن شاء الله تعالى، ويدل لذلك قول القرافي في الفرق الخامس والثلاثين والماتنين بين قاعدة ما تجب إجابة الحاكم إذا دعاه إليه وبين قاعدة ما لا تجب إجابته فيه إن دعي من مسافة الدّعى فما دونها وجبت الإجابة لانه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك، ومن أبعد من المسافة لا تجب الإجابة وإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الإجابة، فإن كان قادراً على أدائه ألزمه أدائه ولا يلعب إليه ومتى علم خصمه إفساده حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم، وإن دعاه وعلم أنّه يحكم عليه بجور لم تجب الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية، وإن كان موقوفاً على الحاكم كأجل العنين خير الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجابة وبين الإجابة فليس له امتناع منها، وكذلك القسمة المتوقفة على الحاكم يخير بين تمليك حصته لغيره وبين إجابته فليس له الامتناع منها، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحاكم وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته وجب لأنّها دعوى حق أو يعتقد عدم ثبوته لم تجب لأنه مبطّل، وإن دعاه الحاكم وجبت لأن المحل قابل للحكم والتصديق والاجتهاد، ومتى طوّل بحق وجب عليه على الفور كرد المغضوب، ولا يحل له أن يقول له لا أدفعه إلا بالحكم لأن المظلّ ظلم ووقوف الناس عند الأحكام صعب، وأما النفقات فيجب فيها الحضور عند الحاكم لتقريرها إن كانت للأقارب، وإن كانت للزوجة أو للزريق خير بين إيانة الزوجة وعنى الزريق وبين الإجابة له بلفظه وبتماحه تمت ترجمة الفرق المذكور ونقله ح برمته. فقولوه: وإن لم يكن عليه حق لم تجب إلخ هو دليل ما ذكرناه، وذلك أن من حلف لا حق للطالب عليه الأصل أنّه لا حق له عليه لا سيما وقد حلف على نفي ذلك، ومع هذا النفي لم تنق بهذا لأن المطلوب إما يحلفه الطالب بأمر القاضي، نعم لو أطاع له المطلوب باليمين فيقرب الأمر، ولو قيل في صورتنا إن الطالب يحلف أنّه ما ادّعى عليه يبطل ويترم المطلوب آجرة العون ما بعد فتأمل هذه الصورة فإننا توقفنا فيها هذا التوقف مع وقوعها كثيراً، والذي في طباع الناس أن من امتنع من الإتيان للقاضي هو ظالم وما ذكروه على قول النّظم، ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع إلخ يدل على أن المطلوب في صورتنا ملد وإن كانت مسألة العصيان ربما يفهم منها أن الخصم عصى أمر الحاكم في الحضور وذلك أشد من إيانة المطلوب من اتباع الطالب للقاضي فانهم.

الإلداد، قال الجوهري في شرح غريب المدونة الإلداد المطلق يقال منه الد فلان بحق فلان يلد إدادا على وزن أنشد ينشد إنشادا، والد على وزن الد ولد على وزن يلد، ولأ تحركت الدالان - وهما متماثلان - أذهما إحداهما في الأخرى، قال بعض من شرح هذا النظم: وقف على قوله قال الجوهري في شرح غريب المدونة: فإن عني أنه شرح غريب المدونة في كتابه المشهور بالصحيح كل لفظة في محلها حسبما اقتضاه صنيعه من غير أن يقصد ألفاظ المدونة بل اللفظ اللغوي وقع في المدونة أو لا فظاهراً، وإن أراد أن الجوهري ألف كتاباً مستقلاً في شرح غريب المدونة بالخصوص، فهذا أغرب من غريب إذ لم نر ما وقفنا عليه من شروح المدونة أو حواشيها من نقل عنه ولا ذكره فإلله أعلم.

فصل في مسائل من القضاء

وليس بالجائز للقاضي إذا لم يرد وجه الحكم أن ينفذ

ذكر في هذا الفصل مسائل من أحكام القضاء، وذلك منع تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه، والصالح بين الخصوم، وتلقين القاضي الخصم بحجته وفتوى القاضي في الأحكام وحكم القاضي بعلمه، وإذا أدى العدل بما يعلم القاضي خلافه، وإذا علم صدق غير العدل، وحكم من أساء الأدب على القاضي أو الشاهد، وحكم المذ في الخصام، وهل تبقى له حجة إن حكم عليه؟ هذا حاصل ما اشتمل عليه الفصل، وأخير في البيت أنه لا يجوز للقاضي أن ينفذ الحكم قبل أن يتبين له وجهه. ابن الحاجب: ولا يحكم بالتخمين؛ لكونه فسقاً وجوراً والتخمين الحسد. (قال الشارح) والتباس الحكم يكون على وجهين: إما لكونه ملتبساً في نفسه بتعارض البيتين وتداخل دسوى للخصامين، (والواجب على القاضي) في هذا الوجه مشاورة أهل العلم فإن ظهر وجه الحكم فذاك وإن لم يظهر جاز له أن يندب للصالح كما يقول الناطم:

والصالح يستدعي له إن اشكلا حكم وإن تعيّن الحق فلا

وإما لجهل القاضي الحكم في ذلك وإن كان بيناً في نفسه، والواجب على القاضي في هذا الوجه سؤال أهل العلم؛ لأن الغرض أن الحكم بين في نفسه لكن إن جهله هذا القاضي فلا يجهله غيره، ولا يجوز له أن يندبهم إلى الصالح في هذا الوجه؛ لأنه يكون مضيقاً لحق من بان حقه بعد ذلك، وفي الوجهين معاً لا يجوز للقاضي تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه

فصل في مسائل من القضاء

قوله: (والواجب على القاضي الخ) هذا بين إن كان في الوقت والمكان علماء من شأنهم فهم النازلة وإلا فيدعو للصالح، لأن الإشكال يبقى إن لم يكن من ذكر كما لا يخفى، والمعتبر في المكان مكان النازلة أو ما يقرب من ذلك مما تجري به العوائد أن الناس يسألون ذلك العالم الخارج عن مكان النازلة، وقد قال ابن عبد السلام بغير كلام: والأقرب إن كان هناك قاض غيره صرفهما إليه لاحتمال أن لا يشكل عليه، وإن لم يكن في البلد غيره أمرهما بالصالح الخ، ومراعاة

فيشملهما قوله: وليس بالجائز... إلخ أي سواء كان الحكم مشكلاً في نفسه أو إنما أشكل على القاضي فقط قال رحمه الله:

والصلح يستدعى له إن أشكلا حكم وإن تعيّن الحق فلا

ما لم يخف بنافذ الأحكام فتنة أو شحنا أولى الأرحام يعني: أن القاضي إذا أشكل عليه الحكم فإنه يدعو الخصمين إلى الصلح، ويعني إذا كان الإشكال لتعارض بينات ونحوها لا إن جهله القاضي مع كونه ظاهراً في نفسه كما تقدم قريباً، وأما إن ظهر وجه الحكم فلا يدعو للصلح بل ينفذ الحكم من غير مبالاة من عدل عاذل ولا خيفة من لومة لائم، إلا إذا خاف بتنفيذ الحكم على صميم الشرع حصول فتنة أو وقوع شحنة بين أولى الأرحام وذوي الفضل، فإنه يأمرهم بالصلح ويحضهم عليه وعلى القناعة ببعض الحق (وإن ظهر وجه الحكم) وكأنه لو تكاثب لأخف الضررين. وفي مختصر الشيخ خليل ولا يدعو للصلح إن ظهر وجهه، ثم قال وأمر بالصلح ذوي الفضل والرحم كان خشى تقادم الأمر، ومعنى يستدعي أي يدعو له ويأمر به، وفاعله ضمير القاضي وضمير له للصلح ونافذ الأحكام بمعنى تنفيذها وإيرامها وفاعل يخف للقاضي.

بالإشكال إشكال الحكم لا إشكال التصور، وإنما سقناه لقوله: وإن كان هناك إلخ قافهم. قوله: (وإن إن ظهر وجه الحكم إلخ) قال ابن مروق في شرح المختصر: للجواز مع ظهور وجه الحكم منظرًا في هذه بقضية الزبير وقضية ابن أبي حدود مع كعب بن مالك دالة على ذلك، إلا أن يقال هؤلاء من أهل الفضل، وفي تفسير التقيب عند قوله: ﴿فلا وربك لا يؤمنون﴾ [النساء: ٦٥] الآية ما نصه: في الآية دلالة على أن للحاكم أن يشير بالإصلاح بين الخصمين، وله أن يشير بترك الحق على وجه الإصلاح لا على وجه الحكم وإن ظهر الحق، لأن جمهور المفسرين قالوا إن هذه الآية نزلت في قضية الزبير، ثم ذهب الجمهور إلى أن القاضي يشير بالصلح إذا رأى ذلك مصلحة، منع ذلك مالك والشافعي عنه في ذلك خلاف الصحيح جواره إلخ. وهذا فيما إذا ظهر وجه الحكم بدليل ذكره الخلاف للذكور، وقد ذكرنا آنفاً كثيرة في شرحنا على المختصر وتحارير بيته، والذي يظهر منها أن تين الحق تارة يكون بظهور حجة أحد الخصمين ولم يتبين سقوط حجة خصمه بالكلية، وتارة يظهر أن أحدهما ظالم لصاحبه بلا شك، فالأول يأمر القاضي فيه بالصلح إن لم يقصدا إراحة نفسه باحتبار خشية تقادم الأمر، وبالنسبة للذي الأرحام والفضل. والثاني لا يأمر فيه بالصلح إذا غلب على ظنه تقادم الأمر وإلا فلا، هذا الذي تبيناه من كلام الناس وذور الفضل كأولي الأرحام من غير فرق في جميع وجوه الصلح، وتقلنا أن كثيراً قالوا يدعو القاضي للصلح وإن لم يكن إشكال أصلاً، ولذلك قال ابن دبوس ما نصه: وقال كثير من أصحاب مالك: لا بأس أن يأمرهما بالصلح متى رآه قبل النظر وبعده أشكل أمرهما أو لم يشكل إلخ. وفيه أيضاً وقال غيره من أصحابه أي مالك: على القاضي أن يشير على الخصمين في أول خصامهما بالصلح فإن أبيا منه لم يجبرهم عليه إلخ. وفي الروايات للجموعة ما نصه: وليس للحاكم أن يجبر الناس على الصلح وإقما عليه أن يشير به في أول الخصام فإن أبيا منه حملهما على سبيل الحق إلخ. وفي المغرب: ولحرص على الصلح ما لم يتبين لك القضاء إلخ. وهذا كلام يدل على أن الأمر بالصلح جائز، ومطلوب قبل الإشكال من جهة التصور أو الحكم، يقول الناظم

وخصم إن يعجز عن إلقاء الحجج لموجب لقننها ولا حرج

يعني أن الخصم إذا عجز عن إلقاء حجته لموجب من دهش أو خوف أو عَمَى، (فإن للقاضي أن يلقنه) حجته ولا حرج ولا إثم عليه في تلقينه إياها، وإنما يمتنع تلقين الفجور وقال البخمي: قال أشهب: للقاضي أن يشد على عضد أحدهما إن رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه يسط أمله ورجاء في العدل، أو يلقنه حجة عَمَى عنها وإنما يمتنع تلقين أحدهما الفجور. وفي المقرَّب إذا قال أحد الخصمين مقالة يتنفع بها صاحبه فينبغي للقاضي أن يقول هات قرطاساً أكتب له فيه مقالة، وينبهه على ذلك إن غفل عنه ولو لم يطلبه ١. هـ. وفاعل لقن يعود على القاضي.

ومنع الإستهاء للحكماء في كل ما يرجع للخصام

هنا: إن أشكل حكم وإن تعين الحق فلا، لا يدل على أن الصلح لا يدعو له إلا مع الإشكال، فالمعتبر مفهوم وإن تعين الحق فلا.

قوله: (فإن للقاضي أن يلقنه إلخ) هذا ظاهر كلام غير واحد، ويحتمل أن يكون هذا ونحوه واجباً على القاضي إن كان الملقن جاهلاً لا أنه جائز، ولكن لما كان التلقين لا يجوز باتفاق كما في ابن عبد السلام غير الجواز فيما يجوز منه، وإلا فالظاهر هو الوجوب في أمثال هذا مع الجاهل، وكيف يحكم عليه بحجة صاحبه وحجته صحيحة في نفسه ولكن لضعف عقله لم يبينها، مع أن عبارة ابن ديسوس هي قوله ما نصه: وقال ابن حبيب إذا أقر أحد الخصمين في خصوصته الآخر فيه منفعة فعلى القاضي أن ينبهه أن له فيه منفعة ويكتب له ويقيّد بذلك مقالته هذا لفظه. وفي محل آخر منه: وأغفل الخصم منفعته فيه فإن على القاضي إلخ فظاهره الوجوب ولو كان الخصم غير جاهل. وفي التوضيح صفة الإعداء أن يقول: شهد عليك فلان وفلان فإن كان عندك مدفع فادفع عن نفسك ويعلمه أن له التجريح إن كان يجهل ذلك إلخ وهذا منه بلفظه. وقال في التوضيح أيضاً على قول ابن الحاجب: فإن أقر فللمدعي الإشهاد عليه وللحكم التنبه عليه إلخ ما نصه أي لئلا ينكر، وظاهر قوله وللحكم التخير. وفي النوادر عن ابن عبد الحكم: وإذا أقر المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه إلخ ولم يذكر غير هذا. وفي المجالس: فإن طلب المدعي من القاضي أن يشهد على المجيب بجوابه أمره القاضي بذلك، وإن غفل المدعي عن ذلك أمره القاضي بذلك، قال ابن عبد السلام: وليس ذلك من تلقين الخصوم المتق على منعه. وفي ابن عرفة: وإذا ظن أن من أعدل إليه يجهل ما يسقط عنه حجة نهيه الحاكم عليه في السرقة منها إذا ركبت البيعة والمطلوب يجهل وجه التجريح من جهلة الرجال أو من ضعفة النساء أخبره القاضي بما له من ذلك ويُنَبِّه له لعل بينه وبينه عداوة أو شركة بما لا يعلمه المعدلون، فإن كان مثله لا يجهل التجريح لم يدعه إليه إلخ وهذا منه بلفظه. وفي ابن عات ما نصه: لا يقضي القاضي هنا بالحصيل إلا إن طلبه بذلك الطالب، وليس على القاضي أن يعلمه بوجوب ذلك له، بخلاف ما إذا حكم القاضي للرجل بما يوجب عليه الضمان فيلزمه حيث أن يعلم خصمه بوجوبه له إذا كان ممن يمكن أن يجهل ذلك إلخ وهذا منه بلفظه، ومثل في نوازل القضاء من المعيار للذي يحكم به القاضي كأن يطلب المسجون في الدين الخروج من السجن وله بيعة بالعلم والطالب يكتنّبها

(يعني أنّ القاضي لا يجوز له أن يفتي في الخصومات) قال ابن الحاجب: ولا يفتي

فيخرجه القاضي ويعذر الطالب في بيته، ومثل لما لا يحكم به القاضي أن يدعي رجل على آخر بدعوى وأجل لإبانتها وهو يحتاج إلى ضامن وعلل الوجوب للجاهل فيما يحكم به بقوله: لتلا يظن أنه إنما حكم عليه بلا ضامن إلخ. وظاهر كلام غيره وجوب التنبيه مطلقاً بخلاف هذا التفصيل ولكن بشرط أن يكون المنة جاهلاً، بل إذا غفل العالم وجب على القاضي تنبيهه، إذ لا كبير مشقة على القاضي في هذا، مع أن القاضي قد يظن العلم بإنسان ولا علم عنده فالمتجي مع الله هو التنبيه مطلقاً، إلا إذا قامت القرائن على علم الخصم وظهر أنه أراد المسامحة فلا معنى للتنبيه فانهم. وانظر بيان القاضي عند قول المصنف: واستحق به يمين إلخ أضر الشهادات فإننا ذكرنا النقل صريحاً في وجوب البيان على القاضي.

قوله: (يعني أن القاضي لا يجوز له أن يفتي إلخ) إنما قال لا يجوز نظراً لقول الناظم: ومنع الإفتاء إلخ، وكلام الناس جلهم إنما فيه النهي، ففي ابن شماس ما نصه: ولا يفتي القاضي فيما يختصم فيه إليه ولا يتمتع من الفتوى في الصلاة والزكاة والطهارة والحج والحيض وأنواع الفقه غير الخصومات، ولا يجيب من سأل فيما يتعلق بالخصومات إلا أن يجيب المتفتحين في جميع ذلك، واختار محمد بن عبد الحكم أنه لا بأس أن يجيب ويفتي في كل ما يسأل عنه مما عنده فيه علم، واحتج بأن الخلفاء الأربعة عليهم السلام كانوا يفتون الناس في نوازلهم، ولا بأس أن يجلس القاضي في مجالس العلم فيعلم أو يتعلم كل ذلك حسن اهـ. بلفظه. وفي ابن الحاجب: ولا يفتي الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة هذا لفظه بحذف منه فيما يختصم فيه إليه، والمصنف في التوضيح قال: المشهور أنه لا يفتي وعلل ذلك بقوله: لأن إفتاءه في مسائل الخصومات مما يمين الخصم على الفجور لأنهم إذا عرفوا مذهب القاضي تحيلوا في التوصل إلى مذهبه أو في الانتقال عنه، ثم قال: وأيضاً فإذا علم مذهبه ويكون مشروطاً بشرط فمن لا يعرف ذلك الشرط اعتقد في القاضي إذا لم يحكم بذلك المذهب لعدم ذلك أنه مال عن الحق انتهى. وما نقله ابن مرزوق قال: وفيه غير هذين من المقامد. وعبارة ابن دبوس: ولا يفتي القاضي إلخ ثم قال: وقال غيره: لا يفتي المتخاصمين عنده فيما يتخاصمان فيه عنده. ثم حكى عن سحنون أنه كان لا يجيب أي في هذا الأمر. وفي نوازل البرزلي بعد كلام ما نصه: وهذا إذا كانت الفتيا فيما يمكن أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على أيدي عماله فليجبه عنها اهـ. وعبارة ابن سلمون: ولا يفتي في الخصومات انتهى وهو ككلام غيره. وعبارة ابن قشوح في وثائقه المجموعة في باب ما ينبغي للقاضي أن يجتنبه ما نصه: ولا ينبغي له أن يتضاحك مع الناس أو يفتي المتخاصمين عنده فيما يختصمان فيه عنده وهذا هو الصواب اهـ. بلفظه. وفي النوازل ما نصه: ومن المجموعة قال ابن أبي حاتم في الرجل يأتي القاضي فيخبره بالخصومة فيما بينه وبين خصمه لا ينبغي له أن يخبره بما يقضي به له ولا عليه حتى يحضر خصمه فيتخاصمان عنده ثم يقضي بينهما هذا لفظه. وقال ناظم ما به العمل بفاس ما نصه: وشاع إفتاء القضاة في الخصام. مما يغير حكمهم له قوام. وهذا هو كلام البرزلي بالإفتاء تبعاً لابن عبد الحكم وعلمه رعاية لما قاله غيره، وبه تعلم أن المنع خاص بالقضاة بخلاف ما ذكره بعض من لم يصب بمن حشى على المختصر، وأن الإفتاء إنما هو مكروه على القول بالنهي عنه لا ممنوع كما في النحفة، لكن كثيراً ما يطلقون المنع على المكروه سيما اللخفي وأتباعه، وما علل به هنا إنما يدل على الكراهة لأنه أمر يحتمل أن لا يقع، ومن جملة علة النهي ما جربناه من الناس أن الخصم يسأل العالم هل الحق له أم لا؟ فإن أخبر أنه له صالح خصمه وإلا خصامه، وهذا يظهر

الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالحلفاء الأربعة. قال ابن يونس: وكان سحنون إذا أتاه رجل يسأله عن مسألة من الأحكام لم يجبه، وقال: هذه مسألة خصومة إلا أن يعلم أنه رجل متفقه فيسأل على جهة التعليم أو يسأل عن مسائل الوضوء أو الزكاة، ونسب ابن المناصف القول به إلى مالك ونسبه ابن الحارث لسحنون، وحمل هذا القول على أنه نفس الخصومة لأحد الخصمين، وحمل قول ابن عبد الحكم بإباحة الفتيا للقاضي على أنها في جملة الأشياء ولم يعين الخصومة بعينها اهـ.

وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم منهم باتفاق العلماء

وفي سواهم مالك قد شددنا في منع حكمه بغير الشهدا

وقول سحنون به اليوم العمل فيما عليه مجلس الحكم اشتمل يعني أن القاضي يجوز له أن يحكم بما يعلم من عدالة الشهود وجرحتهم، فيستند في ذلك على علمه ويحكم بشهادة من يعلم عدلته دون من يعلم جرحته، وأما من عداه فقد شدد مالك في منع استناده لعلمه وحكمه به، ووجه استناده لعلمه في التعديل أو التجريح أنه لو لم يجر ذلك إلا بيئة لاحتاج إلى تعديل البيئة وتعديل معدكهم ما لا نهاية له فاضطر إلى الحكم بعلمه في ذلك قاله ابن يونس. وحكاه عن ابن الماجشون ووجه بعضهم بشهرة حالة العدالة وحالة الجرح عند الناس فقل ما ينفر القاضي بعلم ذلك دون غيره، فترفع الظنة عنه، وتبعد التهمة عنه لاشتراك الناس معه في معرفة ما حكم به في حق العدل أو المجرم من كلتا الحالتين قاله المازري وإذا كان يعتمد في ذلك على علمه فعلم بجرحه شخصي وعده آخرون فلا يقبل تعديلهم.

(وكذا إن علم عدالته فجرح فلا يقبل تجريحهم)، فقله: وفي سواهم الضمير

منه شمول غير القضاة، لكن لم يصرحوا بهذا أنه علة في النهي وإن كان ربما يدخل في قول ابن مرزوق المتقدم، والحاصل الإفتاء من القضاة فيما يقع بين أيديهم مكروه لا غير، وما به العمل موافق لهذا أي جواز الإفتاء فيما لم يمكن أن يقع عندهم وإن أمكن أن يقع عندهم كره، وما ذكر من الجمع هنا بين كلام ابن عبد الحكم وغيره لا يخفاك هل هذا الوفاق صحيح أو ذلك خلاف والخلاف هو الذي يقتضيه كلام ابن دُبوس قافهم.

قوله: (وكذا إن علم عدالته فجرح فلا يقبل تجريحهم) هذا فيه نظر لاحتمال عدم علمه بما جرح به، ومن المعلوم أن المجرم مقدم على المعلن كما في المختصر وغيره، وإنما يتبع القاضي علمه إذا علم جرحته وعده غيره لأنه علم ما لم يعلمه وأما هذا فلا، وهذا الشارح تبع ما يوهمه كلام ابن النازم وليس ذلك بصحيح، وفي صدر المنتخب ما نصه: قال ابن حبيب: فإن مطرقا وابن الماجشون يقولان إذا عرف القاضي من الشاهد الجرح والفساد في دينه فلا يقبله وإن ركي عنده بجميع الناس إلخ وهذا منه بلفظه وهذا كلام صحيح، وإنما الكلام إذا علم عدالته القاضي وجرحه غيره والحق أنه لا يعتمد على ما يعلمه من عدالته، وقد عللوا كما في شروح المختصر وغيرها تقديم بيئة الجرح بأنها علمت ما لم تعلم بيئة التعديل إلخ، وهذا جار في تعديل القاضي بلا ريب وهذا أمر ظاهر، ومن قال بغيره فلا عبرة بكلامه، وإن ادعى أن علم القاضي بالعدالة

للشهود، أي وفي تجميع الشهود وتعديلهم، وشمل قوله وفي سواهم شهادته بما حكم به وبما تحمله قبل ولايته أي في ولايته أو في مجلس قضائه على قول غير سحنون. وفي هذا الوجه كلام يأتي قريباً فلا تقبل شهادته في شيء من ذلك، وإذا لم تقبل فإنه يرفع شهادته لغيره ويكون شاهداً لا حاكماً كما يأتي للنظام قريباً في قوله: وحقه إنهاء ما في علمه... إلخ فقوله: وقول سحنون به اليوم العمل... إلخ هو في معرض الاستثناء من قوله: «وفي

ليس كثيره مع أن ما في الشارح لم ينسب لأحد فلا عبرة به، وفي الوثائق المجموعة حيث نقل عن ابن العطار أن الشاهد بما في المجلس لا يعلن فيه ما نصه وانتقله ابن الفخار بأنه قد ينكشف بالأعذار فسق الشهود فيبقى الحكم مستنداً إلى مجرد علم القاضي، وملهمنا أنه لا يحكم بعلمه وهذا منه بلفظه، فظاهر كلام ابن الفخار ولو كان القاضي علم عدالة هؤلاء الشهود فافهم. وقول الناظم: «وقول سحنون إلخ» كلام للمفيد وابن سلمون يقتضي أن العمل على خلاف ما في التحفة وهذا هو اللاحق بزماننا، قال ابن سهل ما نصه: لو أدرك سحنون زماننا لقال يقول ابن القاسم في كون الحاكم لا يستند لعلمه بما أقر به الخصم بين يديه إلخ. قال كاتبه: لو أدرك ابن سهل زماننا الذي هو في حدود الثلاثين بعد مائة وألف لقال قولاً أبلغ مما قاله عن سحنون، وهذا أمر يجزم به اللبيب المنصف، وأنه لا يصل في زماننا الحكم بما قاله سحنون لأن كلام ابن سهل يدل على أن الزمان إنما تغير في وقته لا في وقت سحنون، وتغير وقت ابن سهل بالنسبة لزماننا كلا تغير، اللهم استر عوراتنا وآمن روعاتنا، والحاصل أن كلام ابن القاسم هو الذي ندين الله تعالى به وهو المنجي مع الله ولا تتقصد غيره أصلاً وإن كنا لسنا أهلاً لهذا الكلام، لكن إن أردت الحق فانظر شرحنا على قول المتن ولا يستند لعلمه مع تلك المسائل تطلع على كلام الناس في هذا، وما يدل على صحة ما أشرنا إليه هو قول الميطني، وأما الوجه الثالث أي إقراره في مجلس الحكم فاختلف فيه عندنا، فإن كان ابن المواز ذكر أنه لا اختلاف فيه بين أصحاب مالك يعني في أنه لا يقضي فيه بعلمه. وقال ابن الماجشون: الذي عليه قضائنا بالمدينة ولا أعلم مالكا قال خلافه أنه يقضي عليه بما سمع منه، وإليه ذهب مطرف وأصعب وسحنون، والمشهور في المذهب أنه لا يقضي عليه إذا جحد إلا بإشهاد، ويقبل قول القاضي إذا قال عندي شهود في وجه كذا، وأنه قد أعذر إلى فلان في وجه كذا، وأنه أجله فانصرفت الأجال ولم يأت بشيء وأنه عجزه أهـ. بلفظه، وهذا كلام ابن رشد، وفي نقل ابن فتحون شيء من هذا ولم أقف فيهما على أن العمل جرى بقول سحنون، ونقل ابن شاس عن اللخمي أيضاً فيما قاله الجلاب ما نصه أبو الحسن وهو أشبه بقضاة اليوم لضعف عدلتهم، وقال أيضاً: ولا أرى أن يباح هذا اليوم لأحد من القضاة هذا لفظه، وقوله قال أبو الحسن مراده به اللخمي وأشار إلى قوله في تبصرته ما نصه: وقد اختلف إذا أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم أترك قتال مالك وابن القاسم لا يحكم بعلمه، وقال عبد الملك وسحنون يحكم، ورأيا أنهما إذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصده، فإن حكم بما أقر به ثم أنكر بعد الحكم وقال ما أقصرت بشيء لم ينظر إلى إنكاره على المشهور. وقال ابن الجلاب: لم يرض عليه حكم الحاكم إلا بينة يعني على إقراره وهو أشبه بقضاة الوقت لضعف عدلتهم إلخ. ومرادنا من هذا كله قول اللخمي هو أشبه فإنه اتفق كلام هذا الإمام مع كلام ابن سهل في الجملة ونهايك بهذين الشيخين الجليلين، بل قال في المعيار في نوازل الأقضية عن ابن عبد ربه ما نصه: الذي جرى به العمل يلدنا ويقتي به شيوختنا أن لا يحكم الحاكم بعلمه ولا يفضل الأولين عنه بعد الأعذار إليه هذا بعد لفظه. وقال المازري: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بالحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول علمت فيما لا علم له به، وعلى هذا التعليل لا يقبل قوله ثبت عندي كذا إلا أن يسمى البينة، وقد ركب ابن القصار هذا وقال لا يقبل منه إلا أن يسمى البينة، وكذا قال ابن الجلاب إلخ. وإذا كان هذا في زمان من ذكر فكيف بزماننا؟

سواهم مالكٌ قد شدّنا» يعني أنّ عمل القضاة اليوم إنّما هو على قول سحنون في كونه يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من إقرار الخصمين في مجلس حكومتهم عنده. قال اللّخمي: «وينبغي أن لا يحكم إلاّ بحضرة الشهود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه، وإن كان ممّا يقضى فيه بعلمه فأخذه بالمتفق عليه أحسن. وفي (اليان) قال ابن الماجشون والذي عليه قضائنا بالمدينة وقاله علماؤنا، ولا أعلم مالكا قال غيره أنّه يقضي عليه بما يسمع منه وأقر به عنده، وإليه ذهب مطرّف وأصبح وسحنون قال ابن رشد: وهو دليل قوله ﷺ في الحديث الصحيح: «إنّما أنا بشرٌ مثلكم وإنكم تختصمون إليّ» الحديث إلى قوله: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه» (١٠) لأنّه قال على نحو ما أسمع منه ولم يقل ﷺ على ما ثبت عندي من قوله اهـ. وقال اللّخمي: لا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا بعلمه في غير مجلسه ولا فيه قبل أن يتحاكما ويجلسا للحكومة كسماعه إقرار أحدهما قلما تقدما للحكومة أنكر وهو فيه شاهد اهـ.

(فرع: من قام) برسم شهادة عدلين ميّتين أو غائبتين ولم يوجد من يرفع على خطهما - والقاضي يعرف خطهما - فلا يحكم بذلك الرّسم؛ لأنّه من الحكم بعلمه قاله المكتاسي في جامع مجالسه وفي كتاب ابن يونس: وأما إذا جلس الخصمان إليه فأقرّ أحدهما بشيء وسمعه القاضي فجائز أن يقضي به بينهما، ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس وبذلك قال ابن الماجشون وبه أخذ سحنون اهـ. قال رحمه الله:

مع أن العمل الذي في التحفة لم أجده في غيره وإنما رأيت عمل المدينة كما رأيته، وبهذا التعليل الذي ذكره المازري تعلم ما في احتجاج ابن رشد بحديث: «فأقضي له على نحو ما أسمع إلخ» لأن النبي ﷺ معصوم من هذه العلة مع أن الحديث مثول، ففي ابن سهل ما نصّه: وكان معنى قول النبي ﷺ: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه» (١١) عند ابن القاسم وأشهب إذا شهد بذلك عندي هنا لفظه، وما قاله سحنون هو كذلك في ابن يونس، لكن قال: إن القاضي مأمور وهو معين على ما أشرنا إليه، والحاصل القاضي لا نقول إن فيه إلّا ما قاله ابن القاسم فيه في زماننا هذا ولا شك في ذلك أصلاً، وكذا قوله شهد عندي ودليل ذلك كله إلخ رأيته ولكن إنّما يلم هنا من مارج القضاة أو تسمع لأخبارهم من العلول الثقة وأنصف من نفسه متذكراً وقوعه في رسمه وقولهم هذا لو لم يعتمد على إقرار الخصم بمجلسه حين يسمعه لاحتاج إلى أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس تقول بموجبه إن وجدتهما القاضي أحضرهما أو الخصمان يحضرانهما ليشهدا عليهما.

وقوله: (فرع من قام إلخ) انظر القاضي إذا عرف خطة عدد قول المتن ولا يستند لعلمه،

(١٠) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٤٥٨)، ٢٦٨٠، ٦٩٦٧، ٧١٦٩، ٧١٨١، ٧١٨٥، ومسلم (١٧١٣)، وأبو داود (٣٥٨٣)، والترمذي (١٣٣٩)، والنسائي (٥٤١٦)، وابن ماجه (٢٣١٧)، وأحمد في المسند (٢٠٣/٦، ٢٩٠، ٢٩١، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٢٠)، والحميدي (٢٩٦)، والطبراني في الكبير (٦٦٣/٢٣)، ٧٩٨، ٨٠٣، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٦، ٩٠٧، وابن حبان في صحيحه (٥٠٧٠، ٥٠٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٣/١)، ١٤٩، ١٥٠.

(١١) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

وعدل إن أدى على ما عنده . خلافة منع أن يردّه

وحقّه إنهاء ما في علمه لمن سواه شاهدًا بحكمه يعني أن الشاهد العدل إذا أدى شهادته عند القاضي والقاضي يعلم خلاف ما شهد به ذلك العدل فليس للقاضي أن يردّ شهادته؛ لكونه يعلم خلاف ما شهد به ذلك العدل وذلك لأنه لا يحكم بعلمه، ولكن يرفع القاضي شهادته لغيره من القضاة أو لمن حكمه الخصمان في نارائتهما فيكون شاهدًا لا قاضيًا، ويجري هذا الحكم أيضًا في غير ذلك بما علمه القاضي، فإنه لا يحكم بعلمه كما تقدّم، ولكنه يرفع ذلك لغيره على أنه شاهد لا حاكم كما قاله في المقرب ولفظه: قال سحنون قال ابن القاسم مثل مالك عن الخصمين يتخاصمان إلى القاضي فقرأ أحدهما لصاحبه بشيء وليس عند القاضي أحد غيره ثم يجحد المقرّ أتري للقاضي أن يحكم عليه بإقراره ومقاله؟ فقال: لا إلا بيّنة تشهد على إقراره سوى القاضي أو يرفعه إلى من فوقه فيكون شاهدًا لا حاكمًا، وقد حكى ابن يونس في أواخر كتاب الاقضية عن سحنون: لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة، وأنا أعلم خلاف ما شهدا به لم يجز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردّهما لعدالتهما ولكن أرفع ذلك للأمير الذي فوقني وأشهد بما علمت وغيري بما يعلم . هـ. فالسألة الأولى في المقرب تقدّمت في قوله: وفي سواهم... إلخ وإذا لم يحكم بعلمه فيرفع شهادته لغيره. والمسألة الثانية هي مسألة البيتين فقوله: وحقه... إلخ (يرجع لهاتين المسألتين) معاً فقول الناظم: شاهدًا بحكمه أي بحكم الشاهد فكأنه قصد أنه ينزل عن رتبة حكمه إلى رتبة الشاهد وحكمه، ولعل المناسب لهذا التقرير أن الباء في بحكمه بمعنى على وضمير حكمه للشاهد، أي وحقه أن يرفع شهادته لغيره على حكم الشاهد وسيله، والإنهاء هنا بمعنى رفع الشهادة لا الإنهاء المصطلح عليه.

(فرع: قال ابن رشد) قول القاضي: وهو على قضائه حكمت لفلان بكذا لا يصدق

وعند قول المتن ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا وانظر هنا الشهادات على الخطوط. وقوله: (يرجع لهاتين المسألتين إلخ) انظر هنا ولعل المسألة واحدة لا اثنتين، ولكن ما سمعه في مجلسه من إقرار الخصم قبل يشهد به وقيل لا على خلاف قوي بخلاف ما علمه من غير هذا فإنه يشهد به، ولكن الذي يظهر رجحانه هو أنه يشهد بذلك مطلقًا والخلاف في ذلك موجود عزل هذا السامع أم لا كما هو في ابن الناظم وغيره. وقول الناظم شاهدًا بحكمه عبارة الكافي في هذا ما نصّه: ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق ولا في شيء قد كان شهد به مع غيره، ويحكم بشهادة غيره في ذلك مع يمين الطالب إن كان مالا وإلا رفع ذلك إلى الإمام وكان شاهدًا بما عنده مع الشاهد الآخر إلخ وهذا منه بلفظه.

قوله: (فرع: قال ابن رشد إلخ) قال في المختصر ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا، وقد تكلمنا على هذا أيضًا عند قول المتن: وإن أنكر محكوم إلخ. وكذا عند قوله: وأنهى لغيره في شرحنا على المختصر فقف على المواضع الثلاثة، وحاصل ما خصناه أن شهادة القاضي قبل عزله بأنه حكم لفلان بكذا أو بأنه ثبت لفلان عنده كذا جائزة معتمدة معمول بها وذلك هو قول أصبغ، قال ابن دبوس وهو الأشهر وذلك للضرورة وإن كان فيه شهادة على فعل نفسه كما أشار إليه العبدوسي، وتقدم ما يدل على هذا قريبًا في المسألة قبل هذه وهو قول القاضي: أجلت لفلان وإن كان في ذلك خلاف، والمدونة ظاهرها دال لهذا أيضًا، ونقلنا هذا كله عند قول المتن ولا تقبل،

فيه إن كان بمعنى الشهادة مثل قول أحد المتخاصمين عند قاضي: حكم لي قاضي بلد كذا بكذا أو ثبت لي عنده كذا، فيسأله البينة على ذلك فيأتيه من عنده بكتاب إني حكمت لفلان على فلان أو ثبت عندي له عليه كذا فهذا لا يجوز؛ لأنه على هذا الوجه شاهد، ولو جاء رجل ابتداء للقاضي فقال له: خاطب قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو بما حكمت لي به عليه، فخاطبه بذلك لجاز لأنه مخبر لا شاهد كما يجوز قوله وينفذ فيما يسجل به على نفسه ويشهد به من الأحكام ما دام على قضائه.

فريح: قال الموثقون وإذا كان عند القاضي شهادة وسئل منه رفعها إلى القاضي حيث المشهود عليه - وهو بموضع بعيد - لا يلزمه الأداء فيه إذ لو كان قريباً للزمه الأداء فله في ذلك ثلاثة أوجه: أحدهما: أن يشهد بذلك شاهدين فيقتلانه عنه، والثاني: أن يشهد على مضمّن شهادته في رسم، ويؤدّي شهوده شهادتهم عنده ويخاطب عليه، والثالث: أن يقدم شخصاً يؤدّي عنده ويخاطب المقدم له ويخاطب القاضي بقبول خطاب المقدم وذلك يخرج على الخلاف هل يجوز للقاضي أن يشهد عند من يقدمه أو لا، وظاهر المدونة أنه لا يجوز، وقيل: يجوز ذلك ذكر ذلك كله أبو الطاهر بن بشير. قال بعض الشيوخ: وكان فقهاء غرناطة يعملون بالوجه الثاني وأهل مالقة بالوجه الأول وقال المتطي: وإن علم السلطان الأعلى لرجل حقاً، فأراد أن يشهد به عند قاضيه ففي المدونة أن ذلك جائز وقيل لا يشهد عنده لأنه كأنه عند نفسه يشهد، إذا هو مقدمه فيقول الأمر إلى أن يقضي بعلمه، وبالأول القضاء وعليه الفتيا

وعلمه بصدق غير العدل لا يبيح أن يقبل ما تحمّلا

يعني أن علم القاضي بصدق من ليس بعدل لا يبيح له قبول شهادته؛ لأن ذلك آيل إلى حكمه بعلمه، وسبب لتطرق التهمة إليه ولأن شهادة غير العدل غير معتبرة شرعاً، فهي كالمعدومة حساً وقد قال تعالى: ﴿يَمْنُ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] وحكى ابن يونس عن سحنون قال: لو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق لم أقضي بشهادتهما لأني أقول في كتاب حكمي بعد أن صحت عندي عدالتهما، وإنما صح عندي جرحتهما، وقال نحوه ابن الماجشون وابن كنانة. (وقال ابن عرفة): والحكم برد شهادة الفاسق حق ولو شهد بحق اهـ.

ومن جفا القاضي فالتأديب أولى وذا لشاهدٍ مطلوب
(وفلثة من ذي مروءة) عشر في جانب الشاهد. تحمّلا يغتفر

وكلام ابن رشد والسماع وإن نقله ابن عرفة وسلمة خلاف أنقال غيره، وهذا كما يجوز خبره قبل عزله أيضاً، وأما بعد عزله فلا تصح شهادته بذلك ولا خبره ولو وجد ذلك بدوياته، وحاصل كلام ابن رشد فيما يقتضيه كلامه من أن شهادة القاضي على فعله لا تجوز قبل عزله غير مسلم، وما في اللقاني وتوبع عليه فيه نظر، وهذا باعتبار أنقال العلماء، وأما كون هذا باعتبار أهل الزمان لضعف عدالتهم فذلك شيء آخر كما قلناه في استناد الحاكم لعلمه بما سمعه في المجلس.

وقوله في النظم: (وفلثة من ذي مروءة إلخ) هو راجع حتى لجفاء القاضي خلاف ظاهر

يعني أنّ من أساء الأدب على القاضي وجفاه بكلام لا يليق بمنصبه فإنه يؤدّب، وتأديبه أولى من العفر عنه، وكذلك يؤدّب من أساء الأدب على الشاهد عليه إلا أن كان ذا مروءة وقعت منه فلتة في جانب الشاهد فإنه يختصر له ذلك لقوله ﷺ: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم»^(١٢) والجفاء ممدود، وهو خلاف البر وقد جفوت الرجل أجفوه جفأً فهو مجفوء ولا تقتل جفيت قاله الجوهري. ومن سماع ابن القاسم قيل له: أرايت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول لقد ظلمتني قال: إن ذلك يختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قال إذا أراد بذلك آذاه، وكان القاضي من أهل الفضل. فله أن يعاقبه (وما ترك ذلك حتى خاصص) أهل الشرف في العقوبة في الإلداد قال ابن رشد: هنا كما قال إن للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه في العقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن نسب إليه الظلم والفسجور، مواجهةً بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب (لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار) وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه له

تقرير هذا الشارح تبعاً لتقرير ابن النازم باعتبار ظاهره ولكن الأمر ليس كذلك وقول هذا الشارح تبعاً لما في ابن النازم (وما ترك ذلك حتى خاصص إلخ) هذا قال فيه الخطاب على المختصر هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه إلخ. قال كاتبه: معناه بحسب ما يفهم من أنقال الناس هو أن الإذابة كانت تصدر من الناس للناس حتى قام ذوو الشرف بحقوقهم في الإذابات بسبب اللدد عليهم بزجر الحكام المؤيدين لهم فانكفت الإذابة منهم تأمله منصفاً، ولكن انظر كلامهم عند قول المختصر: وتأديب من أساء عليه إلخ. فائدة: سبب الأدب هنا الإساءة على القاضي وهي قول للمختصر وتأديب من أساء عليه ولدل الخصم وهو قوله وضرب خصم لد، وإساءة الخصم على خصمه وهي قوله ومن أساء على خصمه، والإساءة على المفتي والشاهد وهي قوله أو مفت أو شاهد، فالإساءة على القاضي الأدب فيها ندب كما في المتن وإنه لم يجب لأنه شبه متقم لنفسه. وكلام ابن ناجي معترض، وكذا كلام غيره بما يوافق في الأدب في القاضي الفاضل العالم، وأما الثلاث الباقية فإن كانت الإساءة بمجلس القاضي فالأدب واجب لأنه لا معارض للوجوب، وإن كانت في غير مجلسه فذلك حق آدمي إن قام به أخذ له وإلا فلا، ولهذا عطف في المختصر ومن أساء على خصمه أو مفت أو شاهد على مفعول عزز وهو شاهد إذ تعزيره واجب قافهم هذا فإن فيه تحريكاً. وقول هذا الشارح: (لأن ما واجهه به إلخ) هذا كلام فيه ما لا يليق أصلاً، فكيف يتمول هذا المال بلا شهود أنه أخذ من مال القاضي وقد قال في المختصر: ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار. وقال اللخمي في هذا ما نصّه: قال محمد كل من لا تجوز شهادة القاضي له لا يجوز أن يحكم له إلخ. ومن المعلوم أن القاضي لا يشهد لنفسه إذ من المجمع عليه منع شهادة الإنسان لنفسه، وثقلنا ذلك عند قبول المختصر: ولا متأكد القرب وقد قال في المختصر: ويحكم لنفسه، فالحكم للنفس هو من خصائصه ﷺ. وقال أيضاً وتحكيم غير خصم، وقد قال اللخمي في تبصرته ما نصّه: واختلف هل يقضي القاضي بما تضمنته من حق الله تعالى أي الحكومة أي ولا يقضي بما تضمنته من حقه. قال محمد: إذا شهد عند القاضي عدلان أنه سرق متاعاً له أي للقاضي قطعه ولم يغرمه المتاع حتى يرفع الشهادة إلى غيره في حقه لأن الغرم حق له هو لا

(١٢) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٤٦٥)، وأبو داود (٤٣٧٥)، وأحمد في المسند (١٨١/١)، وابن حبان في صحيحه (٩٤)، والدارقطني في سننه (٣٤٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٨/٨)، وأبو نعيم في الحلية (٤٣/٩)، وصححه الشيخ الألباني في الصحيحة (٦٣٨).

ويتموك المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالينة. وكذا قال ابن حبيب والعقوبة في هذا أولى من العفو وقال ابن أبي ريد: قال ابن سحنون عنه إن قال الخصم كن شهد عليه شهدت علي بالزور أو بما يسألك الله عنه، أو ما أنت من أهل الدين أو من أهل العدالة، ولم يكن قاتل ذلك من أهل الفضل ويؤدب المعروف بالإذابة بقدر جرمه، وقدر الرجل المتهك حرمة، وقدر الشاتم في إذابة الناس، وإن كان من أهل الفضل وذلك منه فلتة تجافى عنه. قال الشارح ويلحق بقضية الشاهد وقوع أحد الخصمين في صاحبه فقد نقل ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي أو أسرع إليه بتغير حجة كقوله: يا ظالم يا جائر، فعليه رجسه وضربه إلا إذا مروءة في فلتة منه فلا يضربه؛ لأنه إن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم. هـ. فلو قال الناظم بدل الشطر الأخير من البيت الثاني في الخصم والشاهد بما يغفر لأفاد مسألة الوقوع في الخصم. وفي مختصر الشيخ خليل عطفاً على قوله: وعزّ شاهداً بزور ومن أساء على خصم أو مفت أو شاهد لا يشهد يبطل كل خصمه كذبت، وقال قبله: وتأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به.

يقضي لنفسه. وقال ابن عبد الحكم: لا يقطعه وليرفعه إلى من فرقه إلخ وهذا منه بلفظه فانظره فإنه دال غاية على ما ترومه. ونقله ابن دبوس ولم يبحث فيه بشيء. ونقل ابن يونس كثيراً من هذا وسلمه. وانظر كلام الناس في شرحنا عند قول المصنف: وتحكيم غير خصم إلخ. وكلام ابن رشد نقله ابن عرفة وسلمه حيث قال ما نصّه الشيخ أشهب عن المجموعة وكتاب ابن سحنون لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، ولابن رشد في رسم تأخير الصلاة من سماع ابن القاسم له أي القاضي أن يحكم بالإقرار على من اتتهك ماله فيعاقبه ويتمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالينة، ودليله قطع أبي بكر الصديق يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة هذه الرواية الصحيحة له بلفظه. وقوله هذه الرواية الصحيحة أي كونه قطعه بإقراره فإنه روي أنه قطعه بالينة، وفي الموطأ فاعترف به الأقطع أو شهد عليه على الشك إلخ ولم يظهر هذا الدليل لأن كلا منهما في المال لا في القطع، وقد رأيت الخلاف فيه مع البينة، وتقدم أن القاضي يحكم للأجنبي بالينة، وهل يحكم بإقرار الخصم بمجلسه فيه خلاف قوي رأيه. وقال أبو الحسن على قولها ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لديه وظلمه ما نصّه معناه بينة إذ لا يقضي بعلمه إلا في التعديل والتجريح اهـ. قال ابن ناجي بعد نقله أي كلام أبي الحسن ما نصّه: هذا منه جهل لأن ما ذكره إنما هو في الأموال وما يكون بين يديه الأدب فإنه يحكم فيه بعلمه، وإلا كان يجب عليه أن لا يحكم بين اثنين إلا بحضور عدلين، وصرح شيخنا الشيباني في فتاويه بتأنيده، ومثل هذا نقل عن سيدي عيسى الغبريني ثم قال وبه حكمت بياجة إلخ. وما رد به على أبي الحسن غير بين مع أن العبدوسي تابع أبا الحسن في هذا والمحطاب اقتصر على كلام أبي الحسن وابن مروزق قال ما نصّه قالوا يعني بينة إلخ. وكلام أبي الحسن هو المطابق لقولهم ولا يستند لعلمه إلا في التعديل والتجريح، وبيننا ذلك عند قول المتن ولا يستند لعلمه إلخ فكلام أبي الحسن هو الحق إن شاء الله تعالى مع أن في تعبير ابن ناجي جفاء لا سيما في حق أبي الحسن فإنه إمام جليل، ومع ذلك فقد اتفق أبو الحسن وابن ناجي على أن الخلاف في حق الله تعالى، وأما في المال فلا يحكم بعلمه فيه، وبه يتبين أن كلام ابن رشد خلاف المنهج باعتبار المال، ومن وقف على أتمالنا عند قول

ومن ألدّ في الخصام واتهج نهج الفرار بعد إتمام الحجج
ينبذ الحكم عليه الحكم قطعاً لكل ما به يختصم
وغير مستوفٍ لها إن استتر لم تنقطع حجته إذا ظهر
لكنّما الحكم عليه يمضي بعد تلوم له من يقضي

يعني أنّ الخصم إذا ألدّ في الخصام أي أكثر الخصومة وسلك طريق الفرار، وفرّ من القضاء والحكم عليه. وتغيّب عن مجلس الحكم، فإن كان ذلك بعد أن أتمّ حجته واستوفى من الأجل معدّته، فإن القاضي ينقد الحكم عليه ويغضيه ويقطع خصومته ولا ترجى له حجة، ولا تسمع له بعد ذلك بيّنة. وإن كان فراره وتغيّبه قبل أن يستوفي حجته ويستقصي في إبطال دعوى خصمه منفعته، فإن القاضي ينقد الحكم عليه أيضاً لكن بعد التلوم له والثاني له من غير قطع لما يأتي به من الحجة بهذا جرى العمل واقتضاء عند الفقهاء النّظر. ففي سماع أشهب قال: كتب ابن غاثم إلى مالك بن أنس يسأله عن الخصمين يختصمان إليه في الأرض فيقيم أحدهما على الآخر بيّنة بأنّها له فإذا علم بذلك الذي قامت عليه البيّنة هرب وتغيّب فطلب فلم يوجد أيقضى عليه وهو غائب؟ فقال مالك لكاتبه اكتب إليه إذا ثبتت عندك الحجج ومآلته عما تريد أن تسأله عنه عندك فلم تبق له حجة بنعم فافض عليه وهو غائب قال ابن رشد: هذا كما قال أنّه إن تغيّب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه أنّه يقضي عليه ويعجزه ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته بمنزلة أن لو قضي عليه وهو حاضر، قال: وأمّا إن هرب وتغيّب قبل أن يستوفي جميع حججه، فالواجب في ذلك أن يتلوم له فإن لم يخرج وتمادى على تغيبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجته وبالله التوفيق. قال الشارح ما معناه إن الهارب من القضاء والحكم عليه إمّا قبل حضوره مجلس الحكم وهو المتقدّم في قوله: ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع... إلخ وإمّا بعد حضوره مجلس الحكم ففي ذلك وجهان: قبل تمام حجته أو بعد تمامها وهذا الذي تكلم عليه في هذه الآيات. وألدّ أكثر الخصومة والملدّ شديد الخصومة وتقدم الكلام عليه عند قوله: وأجرة العون... إلخ معنى اتتهج نهج الفرار سلك طريق الفرار أي فر وهرب. قال في الصّحاح: التّهج الطريق الواضح، ونهجت الطريق إذا سلكته وفلان ينهج سبيل فلان أي يسلك مسلكه هـ. والحجج: جمع حجة وهو ما يدفع به عن نفسه أو يثبت به لها والحكم بضم فسكون مفعول ينقد، والحكم فاعل ينقد وهو بفتحيتين القاضي، وقطعاً: مصدر في موضع الحال من الحكم. وقوله وغير مستوفٍ هو مقابل

المتن، ولا يشهد لمن لا يحكم له إلخ علم صحة ما قلنا، وتقدم في قول الكافي ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق إلخ قريباً. وفي ابن سهل وقال ابن القاسم وأشهب: لا يقضي القاضي بعلمه ولا بما أقرّ عنده به في مجلس قضاؤه أو غيره لا في حد ولا في غير هذا لفظه وكان هذا ينظر لمسألة ابن الماجشون ومن خالفه، اللهم إلّا أن يكون ما ذكره ابن رشد معه بيّنة سمعت الإقرار مع القاضي فلذلك يقرب ولكن بعيد من لفظه هذا، وانظر قوله: ولا يحكم بشيء إلخ.

قوله: . بعد إتمام الحجج والحكم مفعول يمضي وهو مضارع أمضى. وبعد تلوم يتعلّق بيمضي وله في موضع الصّفة لتلوم والضمير في له وعليه لغير المستوفي حجة ومن يقضي: فاعل يمضي. فرع: في طرر ابن عات من وجبت له يمين وتغيّب عن قبضها فإن القاضي يوكل من يتقاضى له يمينه إذا ثبت عنده غيبة الذي وجبت له اليمين، ويشهد على ذلك.

فصل في المقال والجواب

المراد بالمقال دعوى المدعي، والجواب ما يجيب به المدعى عليه فإن قيّد الدعوى في كتاب فهي التوقيف الآتي ذكره، ومن الدعوى ما يجب كتبه وتقييده، ومنها ما يحسن ترك تقييده، ومنها ما يجوز فيه الأمران والتقييد أحسن كما يأتي ذلك كله إن شاء الله.

ومن أبى إقراراً أو إنكاراً خصمه كلفه إجباراً

فإن تمادى لطلب قضي دون يمين أو بهما وذا ارتضى

تقدّم أنّ الخصمين إذا جلسا بين يدي القاضي وعرف المدعي من المدعى عليه فإنه يأمر المدعي بالكلام، فإن ذكر دعوى صحيحة لم يختلّ فيها شرط من شروطها المتقدمة أمر المدعى عليه بالجواب فإن أجاب بالإقرار ارتفع النزاع، وإن أنكر طوّل المدعي باليمين فإن عجز عنها حلف المدعي عليه وبرئ وتقدّم هذا كله، وكلام الناظم هنا حيث يمتنع المدعي عليه من الجواب بإقرار أو إنكار، فاعبر في البيتين أنّه إذا لم يجب بإقرار ولا بإنكار فإنه يكلف الجواب ويجبر عليه يعني بالضرب والسجن، فإن لم يجب بشيء قضى للطلب دون يمين تلزمه، وقيل بعد أن يحلف وهو المرتضى عند الناظم، (وأفتى الشيخ بعدم اليمين فقال وإن لم يجب) حبس وأدب ثم حكم بلا يمين. قال الشارح: فإن أبى المدعى عليه من

فصل في المقال والجواب

قوله: (وأفتى الشيخ خليل بعدم اليمين فقال: وإن لم يجب إلخ) الراجح والذي به العمل هو ما في المختصر ففي ابن سهل ما نصّه: أفتى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر فإن تمادى على إنكاره حكم عليه بنير يمين إلخ. وأطال ابن دبوس في المسألة وقال أثناء إنقاله ما نصّه: وقال محمد بن أحمد الذي جرى عليه العمل أن يجبر المطلوب على أن يقر أو ينكر فإن أبى من الجواب كلفه القاضي أن يجيب على ما أحب أو كره ويؤدبه إن تمادى، فإن استلج في الإبابة وتمادى عليها عدّ ذلك منه إقراراً بحق الطالب وقضى له بلا يمين إحد. بلفظه. وقال ابن الحاجب: وإذا امتنع المدعى عليه من إقرار أو إنكار فروى أشهب يحبس، وقال أصبغ كأننا كل يحلف المدعي ويحكم عليه وإن كان ممّا لا يثبت إلا بينة طولب بها وحكم. وقال محمد: يحكم عليه بنير يمين. وقال اللخمي: يخير بين الثلاثة فإن اختار الحكم بغير يمين كان على حجة إحد. بلفظه. وكتب عليه في توضيحه: ما قاله أشهب استصوبه ابن رشد وهو الظاهر لأن الخصم لم

الإقرار أو الإنكار أجبر على ذلك بالسجن والضرب فإن تمادى على إيايته بعد السجن والضرب فقال ابن المواز: يقضي عليه بما ادّعاء عليه خصمه من غير يمين وقال أصبح بعد اليمين وهذا إذا كانت الدعوى تثبت بالشاهد واليمين وقال إنه الذي ارتضاه أهل العلم. وقال في المقرب (وقد سأل ابن كنانة) مالكاً عن رجل يده دور فأتى رجل فقال: إن هذه الدور بحدّي فقال الذي بيده الدور: أقم البيّنة على ما قلت، وأما أنا فلا أقرّ ولا أنكر فقال مالك: لا يترك على ذلك ويجبر حتى يقرّ أو ينكر. وقال المقرّي في كلياته الفقهية: كل من لا يدفع الدعوى فإنّه يحكم عليه بلا يمين ولو كان المدعي فيه في يده. قال الشارح: ظاهر هذه الكليّة موافقة ما صدر به الشيخ أولاً من عدم اليمين، وهو قول ابن المواز ١ هـ. وهو الذي في المختصر كما تقدّم وجملته كلّفه جواب من أبي، وهو بضم الكاف وكسر اللام مشددة مبني للنائب محذوف الفاعل للعلم به أنّه القاضي والتائب ضمير مستتر يعود على من أبي والضمير البارز مفعول ثان لكلّف يعود على الإقرار والإنكار وأفرد الضمير للعطف بأو، ويحتمل أن يقرأ كلّف بفتح الكاف واللام مبيّنًا للفاعل وإجباراً مفعول مطلق من معنى كلّف لا من لفظه، وهو مصدر أجبر الرباعي، ويقال جبره جبراً قال في القاموس جبره على الأمر أي أكرهه كأجبره ١ هـ.

(فرع قال المشيطي: وإن كان جواب المطلوب) على التوقيف لا حقّ له عندي ولم يرّد

يتوجه عليه غير ذلك ابن عبد السلام وبه جرى العمل إلخ. وما قاله أشهب هو أنّه أقرّ أن لا يمين معه بدليل قوله وقال أصبح إلخ. وهكذا قال المشيطي الذي به العمل أن هذا إقرار لا يمين معه وفي هذا كفاية غاية فما في التحفة لا يقاوم ما في المختصر مع أن كثيرًا ذكروا أنّه لا يمين هنا ولم نسهم اختصارًا انظر شرحنا في ذلك، ولكن صاحب التحفة صدر بعدم اليمين فهو موافق لما في المختصر، وإنما الكلام مع قوله: وإذا ارتضى، والحاصل الرجوع والذي به العمل نفي اليمين وكان الخلاف مبني على أن هذا الامتناع إقرار فلا يحتاج إلى يمين للمدعي عليه أو نكوله فيحلف المدعي وهذا فيما يفيد الإقرار كالرجل في ابنته المجبرة لا غيرها كما لا يخفى، لأن الحق إذا كان لا يثبت إلاّ بعدلين فلا بدّ من ذلك. قوله: (وقد سأل ابن كنانة إلخ) ظاهر هذا النقل أن المطلوب بالجواب قبل أن يثبت الطالب الموت والإرثاة وليس الأمر كذلك، ولذلك قال في الوثائق المجموعة ما نصّه: وذلك إذا كان المدعي أثبت الموت والإرثاة حتى استبان قعوده عن الذي يزعم أن الأصل كان له فحيث إنّ يكون له توقيف الذي في يديه الدار إلخ وهذا منه بلفظه وهو حسن غاية، وما ذكره في الوثائق للمجموعة هو الذي مضى عليه عمل الشيوخ، وقد ذكر هذا ابن رشد وغيره وهو في أنقال المواق عند قول المختصر: وجازت بسماع فشا إلخ. وهذا الشارح تبع في عدم التقيد بما ذكر ابن النازم فأوهّم شيئًا لا يحل العمل به.

قوله: (فرع قال المشيطي: وإن كان جواب المطلوب إلخ) هذا صحيح ولكن إن وقتت على شرحنا لقول المتن فيدعي بمعلوم إلخ رأيت العجب فيما يجب من البيان في هذا.

على ذلك فروى ابن القاسم عن مالك أنه لا يقنع منه بذلك حتى يقرّ بالسلف أو ينكره ابن عرفة: وإذا ذكر المدعي دعواه فمقتضى المذهب أمر القاضي خصمه بجوابه إن استحققت الدعوى جواباً وإلا فلا، كقول المدعي، هذا أخبرني أنه رأى هلال الشهر أو سمع من يعرف بقطعة، ولا يتوقف أمره بالجواب على طلب المدعي لذلك لدلالة حال التناعي عليه ابن عرفة: وظاهره إيجاب جوابه بمجرد قوله: لي عنده كذا وليس كذلك بل لا بدّ من بيان السبب من سلف أو معاوضة أو عطية ونحوها؛ لجواز كونها من أمر لا يوجب وجوبها عليه كعنة أو عطية من مال أجنبي اهـ.

والكتب يقتضي عليه المدعي من خصمه الجواب توقيفاً دعي

الكتب مصدرٌ وهو هنا بمعنى المفعول يعني أنّ المكتوب الذي يطلب المدعي من خصمه الجواب عنه؛ لاشتتماله على دعواه وتضمنه ليأها يدعي، ويسمى عند المؤتلفين بالتوقيف لكون الطالب الذي أملاه على كتابه يوقف عليه المطلوب ويطلبه بالجواب عنه بين يدي القاضي، وهذا هو المسمى بالمقال أيضاً والكتب مبتدأً وجملة يقتضي بمعنى يطلب صفته وفاعل يقتضي هو المدعي ومن خصمه يتعلق يقتضي. والجواب: مفعوله وعليه يتعلق بالجواب ويحتمل أن تكون على بمعنى عن، وهو المناسب وتوقيفاً مفعول ثانٍ لدعي والأرك ضمير الكتب وجملة دعي خبر الكتب والرابط لجملة الصفة بموصوفها هو ضمير عليه، وجملة الخبر بالابتداء هو نائب. دعي العائد على (الكتب) والله أعلم.

وما يكون بيتاً إن لم يجب عليه في الحين فالإجبار يجب

وكل ما افتقر للتأمل فالحكم نسخه وضرب الأجل

وطالب التأجيل فيما سهلاً لمقصود يمنعه وقيل لا

يعني أنّ المقال المسمى بالتوقيف إن كان سهلاً بيتاً للتأمل قليل الفصول قريب المعنى؛ فإن المطلوب يجبر على الجواب عنه في الحين من غير تراخ، وإن كان بعكس ذلك من كثرة الفصول واختلاف المعاني والافتصار إلى النظر والتأمل فإنه يحكم للمطلوب بأخذ نسخة منه ويؤجل في جوابه بقدر اجتهاد القاضي. قال الشارح: وذلك مقتضى ما نقله المازري عن ابن أبي زيد قال: وبه العمل، وإلى هذا أشار باليتين الأولى فإن طلب المطلوب التأخير بالجواب في المقال القليل الفصول القريب المعاني لمقصود يبيّن تكوكل من يجيب عنه وما أشبهه فقيل: يمنع منه وقيل: لا يمنع، قال الشارح: (والأظهر أنه يمنع منه) ولذلك قدمه

قوله: (والأظهر أنه يمنع الخ) تأمل هنا مع تذكره من تمكين المطلوب من التوكيل في باب الوكالة، ومع ما يأتي من قول المتطلي ما نعمة: فإذا ادعى رجل على رجل في دار أو عقار بيده سألها عنها بالشهادة فإن أنكر أن يكون له فيها حق معه أو ملك قيدت إنكاره بالشهادة، فإن قال المطلوب لا أجاب الآن عنها لأن فيها حدوداً كثيرة حتى أتأملها أجل في الوقوف عليها بقدر ما يراه الحاكم ويدفع له نسخة الحدود، وهكذا يؤجل المطلوب في كل توقيف لا يتأني فهمه في

الشيخ رحمه الله في هذا البيت، ولفظ الإيجار يقرأ بنقل حركة الهزة للسكان قبلها، وجملة يمنعه بالبناء للثأب خبر طالب والضمير البارز - للتأخير، والثأب يعود على الطالب.

فرع: وفي الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد: وإذا دعي الخصم إلى انتساخ وثيقة وقف عليها ليقف على فصولها فإنه إن كانت الوثيقة مختصرة لفهم لمعانيها، ويوقف عليها للسمع لها لم يعط نسختها فإن كانت طويلة كثيرة المعاني لا يحاط بفهم معانيها، ويحتاج إلى التثبت فيها أعطي نسختها هـ. (وفي ابن عرفة) وفي تمكين المطلوب من نسخة بما شهد به عليه مطلقاً، أو إن كانت فيما يشكل ويحتاج المطلوب فيه إلى تدبير وتأمل نقل المازري عن القاضي أبي طالب والشيخ المازري وعليه العمل هـ. ونحوه في ابن سلمون. (ومن نوازل الأيمان والدعوى) من المعيار مثل ابن أبي زيد عن متخصصين طلب

المجلس لكثرة فصوله، وأما إن كانت الوثيقة مختصرة يوقف عليها وتفهم بالسمع لم يعط نسختها. قال ابن الهندي: وجرى العمل عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها إلخ وهذا منه بلفظه من ترجمة من قام بحق على ميت أو غائب وكان صاحب التحفة وشارحها ابن عرفة لم يفتقر على هذا، وكان العمل عندنا اليوم على ما قاله ابن الهندي لأننا رأينا أشياءنا الذين تولوا القضاء لا يعطون تفصيل صاحب التحفة في هذا وهذا هو أسلم لا سيما من لم يخالط الأمور الشرعية ولا ضرر على المعطي للنسخ في هذا، ومن تولى القضاء بان له أن هذا أولى فافهم وتأمل ما يذكره شارح التحفة هنا في قولها ويوجب التقييد للمقال فإنه ربما يفهم منه ما يعين على فهم ما ذكر.

قوله: (ومن نوازل الأيمان والدعوى إلخ. كانه لم يقف على هذا إلا في المعيار وفي ابن فرحون ما نصه: مسألة: إذا كان عند رجل كتب لغائب فقام رجل عند القاضي وذكر أن له تلك الكتب حقاً ومنفعة وسأله أن يأمر الرجل بإحضار الكتب لينظر له فيها القاضي يأمر الذي عنده الكتب بإحضارها وينظر فيها من ابن سهل في كتاب الأقضية هـ. بلفظه، ونقلنا هذا في شرحنا عند قول المختصر: والعشرة أو اليومان إلخ آخر كتاب القضاء، ووجدت بخط شيخنا سيدي محمد بن سودة قاضي فاس في حينه ما نصه: إن الخصم لا يلزم إعطاء موجهاته التي بيده لخصمه ولو مكن الخصم من هذا وشبهه وألزم خصمه به لفتح على الناس باب في الخصومات يعسر سداً هذا لفظه، ومن خطه نقلت، وكتب عليه الشيخ سيدي عبد القادر الفاسي وهو من خطه أيضاً ما نصه: الجواب صحيح. وكتب عبد القادر الفاسي وكان ما عند ابن سهل وابن أبي زيد حيث تقدم للخصم الطالب شبهة تقر به للصدق وما ذكره هذان الشيخان عند انتفاها، ويحتمل أن هذين الشيخين لم يقفا على ما عند ابن سهل وابن أبي زيد ومع ذلك فاتباع المنصوص أسلم مع الله مع أن هذين الشيخين لم يسوقا نصاً وقولهما لفتح على الناس باب. يقال: وكذلك إذا لم يكن الخصم من رسم يدي أن له فيه نفساً لا سيما إن تقدمت بين الخصمين شركة أو وراثة، ولو قيل إن الطالب يحلف أنه ما قصد حيلة وإنما قصد الاطلاع على نفع له في الرسم يجزم به أو يظنه لسكان قولاً حسناً. وكذا لو قيل الخصم لا ينظر الرسم وإنما يدفع الرسم للعدل يوثق به ينظره هو لا الخصم، تأمل هذا فإنه أمر صعب، ومن ابتلي بالقضاء وراقب الله تعالى علم صعوبته في التمكين والمنع فافهم.

أحدهما صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيد له فيها حق فأجاب: إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها، وليس له الامتناع منه وهو من حق الطالب انتهى.

ويوجب التقييد للمقال تشعب الدعوى وعظم المال
لأنه انضبط للأحكام ولا تنحصر ناشئ الخصام
وحيثما الأمر خفيف بين فالترك للتقييد مما يحسن
فرب قول كان بالخطاب أقرب للفهم من الكتاب

تقدم أن المقال تارة يكون صعباً متشعباً كثير الفصول والمجاني، وتارة بخلاف ذلك، بحيث يكون سهلاً بين المعنى ظاهر المقصود، فأخبر هنا أنه إن كان كالوجه الأول فإن ذلك يوجب تقييد المقال لا سيما إن انضم إلى ذلك كثرة المال المتنازع فيه لأن تقييده يضبط الأحكام، ويحضر ذهن القاضي للنظر في التارة وأطرافها وينحصر بسبب ذلك ناشئ الخصام؛ لتلا يتقل من دعوى إلى أخرى، وإن كان المقال سهلاً بيناً فترك التقييد له أحسن إذ ربما كان تلقى ذلك بالكلام مشافهة أقرب وأسهل من كتبه، ولا يعني الناظم أن تقييد المقال إنما هو عند تشعب الدعوى وكثرة المال بل هو مشروع في كل دعوى إلا أنه إن كانت الدعوى متشعبة، فتقييده واجب وإن كانت بيّنة ظاهرة فيجوز أيضاً لكن الأولى تركه، وما كان بينهما فكذلك أيضاً لكن تقييده أولى لأنه أقطع للتزاع. وقد ذكر لي بعض أسياسي - رحمه الله - أن بعض العلماء العاملين لما ولي القضاء جاءه الأعوان على مقتضى العادة فطردهم وقال لهم: من له حرفة غير هذه فليشتغل بها فلا حاجة لي إليكم، وأجلس معه عدلين مرضيين فلما جاءه الخصمان قيد العدلان دعوى المدعى وجواب المدعى عليه عنها، ثم تأمل تلك الدعوى وجوابها وفصل بينهما - رحمه الله ونفع به. ولفظ عظم في البيت بضم العين وسكون الظاء اسم من العظم بكسرها قاله في القاموس.

فصل في الأجال

ولاجتهاد الحاكم الأجال موكولة حيث لها استعمال

قوله: «في الأجال» أي في بيان مقدار الأجال وهو جمع أجل، ويطلق لغة على وقت الموت وحلول الدين ومصلحة الشيء، والمراد به هنا المدة التي يقضى بها الحاكم مهلة لأحد المتداعين أو لهما لما عسى أن يأتي به من الحجة. وقوله ولاجتهاد الحاكم... إلخ. يعني أن الأجال حيث تستعمل فإنها موكولة في قدرها وجمعها وتفسيرها إلى نظر الحاكم. قال ابن رشد: ضرب الأجال للمحكوم عليه فيما يدعيه من بيّنة مصروف لاجتهاد الحاكم

فصل في الأجال

قوله: (كمن أخذ بالشفعة إلخ) هنا قال فيه أبو الحسن على المدونة ما نصّه الشيخ العمل

بحسب ما يظهر من حال من ضرب له الآجال، والأصل فيها قول الفاروق رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري وأجعل لمن أدعى حقاً غائباً أو بينة أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه، وإلا سجدت القضية عليه، فإنه أنفى للشك وأجلى للعبى.

ويشـ ثلاثة من الأيام أجّل في بعض من الأحكام
كمثل إحضار الشفيع للثمن والمدعي النسيان إن طال الزمن
والمدعي أنّ له يدفع به يميناً أمرها مستبشع
ومثبت ديناً للديان وفي إخلاء ما كالربع ذلك اقتفي

وشروطه ثبوت الاستحقاق برسم الإعذار فيه باق
مراد الناظم - رحمه الله - في هذه الآيات وما بعدها، بيان ما حكم به القضاة المتقدمون في تحديد الآجال في مسائل يتقاس على كلّ واحدة منها ما يائلها، فلا معارضة بين تحديدها وبين كونها موكولة لاجتهاد الحاكم؛ لأنه بعد العلم بذلك تبقى النفس متشوقة لتحديدتها، وإن كان لا يجب الوقوف عنده لما قررنا أنّ ذلك لاجتهاد الحاكم فقد يرى قاضي الوقت خلاف ما حكم به من قبله لمعنى يختص بالتأرلة المحكوم فيها. «قوله وثلاثة... إلخ» يعني أنّ العمل جرى عند القضاة بالتأجيل بثلاثة أيام في مسائل وذلك (كمّن أخذ بالشفعة) في شقص وطلب التأجيل لإحضار الثمن، وأما إن طلب التأخير لينظر هل يشفع أم لا فلا يؤخر، وكمّن ادّعت عليه دعوى مالية (فادعى النسيان) لطول الزمن فيؤجل ليتذكر فيقرر أو ينكر، (وكمّن توجهت عليه يمين) فادعى أنّ عنده ما يدفع عنه به

ثلاثة أيام وهو تشديد على الشفيع إذا كان المال كثيراً اهـ. بلفظه: وقال ابن ناجي: قوله أي صاحب المدونة تلوم له اليومين أو الثلاثة إلخ ما ذكره هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة، وقال ابن الماجشون: يمهّل عشرة أيام ونحوها. وقال أصبغ: بكثرة المال وقلته وعسره ويسره وأقصاه شهر ولا أدري ما وراء ذلك. وقال اللخمي: الشهر كثير للموسر وكنت أقضي بقول أصبغ وربما أزيد على الشهر إلخ وهذا منه بلفظه. وفي أبي الحسن أكثر من هذا وذكر ما لا ضرر فيه على المشتري والقضاء بثلاثة أيام هو في التوضيح أيضاً. وقال المتطي: هو قول مالك في المدونة وبه القضاء إلخ. وفي المفيد عن ابن مغث: الذي جرت به الفتوى بين شيوخنا أنّ الشفيع يضرب له في الثمن ثلاثة أيام إلخ. وقول أصبغ ظاهر بحسب ما نعرفه من القواعد الشرعية، ولعل وجه ما جرى به العمل وهو المشهور أنّ الأصل في الشفعة إنما يأخذ بها من يأخذ لنفسه، والطول في الاجل ربما يعين على التحليل في الأخذ للغير فافهم هذا، فإن الفقير الذي ليس عنده ما يشفع به ويريد أن يشفع للغير ويظهر أنه يشفع لنفسه يناسبه الطول ويعينه على مرامه. قوله: (فادعى النسيان إلخ) انظر عند قول المتن ومن استمهّل لرفع بينة آخر الشهادات ترى الحق، وأموراً كثيرة من هذا القبيل، ولا يكفي فيه نقل شيء منه. وعبرة ابن الناظم في هذه هي قوله ما نصه: ومثل مدع للنسيان إن طال الزمان فيما يوافق خصمه عليه من دعوى مالية أو سواها هذا لفظه، وكان المراد بالطول في هذه المسألة ما هو مظنة للنسيان. قوله: (وكمّن توجهت عليه يمين إلخ) فائدة: قال ابن عرفة ما نصّه الشيخ عن ابن عبد الحكم إن قال من وجبت عليه يمين اضرب لي أجلاً أنظر في حسابي

تلك اليمين. «قوله أمرها مستبشع» صفة اليمين، ولعل وصفها بذلك مبني على القول بترجيح الصلح على اليمين في دعوى يتحقق بطلانها، وفي المسألة قولان، وكذلك من طلب التأخير لإثبات دين لمدياته كأن يكون لك في ذمة إنسان فادعى العدم، فزعمت أن له ديناً على غيره وأردت التأجيل لإثباته، ويحتمل أن يريد التأجيل لإثبات الدين على منكره. فلام لمديان على هذا بمعنى على وكذلك من استحق ربحاً بشروط الاستحقاق ولم يبق إلا الإعذار للمقوم عليه، وطلب المستحق إخلاء ذلك الربح فإنه يؤجل حاتره لإخلائه ثلاثة أيام، فهذه خمسة فروع نص على الأول منها في المقرب وعلى الثالث منها المتعطي وعلى الرابع الجزيري نقل ذلك الشارح في شرحه.

وفي سوى أصل له ثمانيه ونصفها ستة موابله

ثم ثلاثة لذلك تتابع تلوماً وأصله تمتنعوا

يعني أن التأجيل في غير الأصول إحدى وعشرون يوماً ثمانية ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاث تلوماً، وثم استثنى الأصول لأن الكلام يأتي عليها، وكذلك تستثنى المسائل الخمس المذكورة قبل وما أشبهها إذ ليس التأجيل بثلاث محصوراً فيها كما أشعر بذلك إدخال الكاف عليها وإن لم تستثن؛ لتناقض الكلام لدخولها في قوله: وفي سوى أصل، واستعمال النظم في البيتين تفريق الآجال وسيأتي له الكلام فيها في آخر الفصل والتلوم الأجل الأخير، والأصل فيه لقوله تعالى: ﴿تمتعوا في داركم ثلاثة أيام﴾ [هود: ٦٥] الآية،

وأمرني أنظر بقدر ما يراه. وفي طرر ابن عات الشعباني أن طلب من وجبت عليه يمين أن يؤخر البؤمين والثلاثة لينظر في محاسبته فله ذلك ولا يراد على ذلك. ثم ذكر قول ابن عبد الحكم قال: وقال غيره ليس له ذلك إلا برضا الطالب وإذنه لأن على الحاكم إيفاء الحق على الخصم إذا وجد لذلك سبيلاً. قلت: فالأقوال ثلاثة وتقييد ابن شاس تأخيره بكفيل يوجه صواب يريد ويفرم المال بعد حلف المدعي إن لم يأت به، ولم يحك ابن الحاج في نوازل إلا القول بعدم تأخيره، وأما عكس هذا وهو أن يطلب المدعي تأخير حلف المدعي عليه ففي نوازل ابن الحاجب ليس له ذلك إلا برضا المطلوب وهو مقتضى قول ابن عات في طرره من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها وكل القاضي من يتقاضاها إذا ثبت عنده مغيه ويشهد على ذلك اهـ. بلفظه. وأغفل ابن عرفة وغير واحد ممن تكلم على المسألة قول صاحب الكافي ما نصه: ومن سأل الحاكم النظرة في يمينه فله ذلك ما لم يتبين ضرره ولده اهـ. فالسائل للتأخير كلامه هو الطالب لليمين لا المطلوب باليمين، ويظهر أن هذا هو الحق لأن من وجبت له اليمين قد يتحير هل يحلف خصمه أو لا فيؤجر ليرى ما يليق به تأخيراً لا يضرب بخصمه، وربما يؤخر يمين صاحبه ليسأل هل له من يشهد عليه أو يتذكر رسماً ونحوه أو يرضى منه بالقليل صلحاً عما وجب له باليمين، أو ليسامحه فيها إن كان إذا حلفه خافه، ونحو ذلك من الأمور التي يقصدها العقلاء، ومن مارج القضاء وطال فيه علم أن هذا حق، نعم إن ظهر منه لدد فما قاله ابن الحاج ظاهر لا ريب فيه، ولأقما قاله ابن الحاج لا يليق في غير اللدد، وقد تكلمنا على هذا عند قول المتن: ومن استمهل لرفع بيته إلخ.

وإليه أشار آخر البيت الثاني. قال في المقصد المحمود: الأجل تختلف باختلاف الشيء المدعى فيه ما عدا الأصول للميث لدعواه ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة تلوًا. وقال فتحون: والأجل في الديون والحقوق دونها في العقار والأصول.

وفي أصول الإرث إن المعتبر من عدد الأيام خمسة عشر
ثم تلي أربعة تستقدم بضعتها ثم يلي التلوم

يعني أن المعتبر في الأجل وهو الذي عبر عنه بعدد الأيام في إثبات الأصول من إرث أو غيره وفي الإرث من غير الأصول شهر كامل إلا أنه مفرق أيضًا خمسة عشر يومًا ثم ثمانية ثم أربعة ثم ثلاثة تلوًا، والمراد بالتأجيل هنا في الأصول هو لإثباتها، وفي قوله قبل وفي إخلاء ما كالربع التأجيل للإخلاء لا للإثبات؛ لأنه حاصل بدليل قوله: وشرطه ثبوت... إلخ. وهذا أيضًا مع قرب البينة بدليل قوله: بعد وفي أصول إرث أو سواء إلى أن قال لكن مع ادعاء بعد البينة. قال ابن رشد: والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يومًا يضرب له عشرة أيام ثم عشرة أيام ثم يتلوم له بعشرة أو ثمانية ثم ثمانية ثم ثمانية ثم يتلوم له ستة أو خمسة عشر يومًا ثم ثمانية ثم أربعة ثم يتلوم له بتمام الثلاثين، وهذا الأخير هو الذي في البيتين. قال الشارح: وزاد الشيخ رحمه الله مع الأصول الإرث حسبما نص على ذلك غير واحد. وقال ابن رشد: أو يضرب له أجلًا قاطعًا من ثلاثين يومًا يدخل فيه التلوم والأجل كل ذلك مضى من فعل القضاة، وهذا مع حضور البينة في البلد وإن كانت غائبة عن البلد فيوجل أكثر من ذلك اهـ.

وفي أصول إرث أو سواء ثلاثة الأشهر منتهاه
لكن مع ادعاء بعد البينة ومثله حائز ملك سكنه
مع حجة قوية له متى أثبتتها لنفسه من اثبتا

يعني أن منتهى الأجل في الأصول كانت من إرث أو من غيره مع بعد البينة ثلاثة أشهر، وكذلك من بيده ملك حائز له فادعاء مدع وأثبت دعواه فطلب الحائز للملك التأجيل؛ ليأتي بحجة ذكرها إن ثبت له كان أولى بالمنزل من مدعيه فإنه يوجل ثلاثة أشهر أيضًا. وفهم من قوله منتهاه أن للقاضي أن يوجهه أقل من ذلك إن رآه. وفهم من قوله بعد البينة أن ما تقدم من التأجيل في الأصول بشهر إنما هو مع قربها. قال أبو القاسم الجزيري: بعد ذكر جملة من الأجل ما نصه: وفي الأصول الشهران والثلاثة لا سيما إذا ادعى مغيب البينة. وقال المصنف: والأجل في الأصول أو في العقار أبعد منها في الديون والحقوق، ويختلف في الأجل في الأصول باختلاف أحوال المضروب لهم، ففي العتبية من سماع مطرف وابن الماجشون من أقام بينة على ملكه منزل لا بيد رجل فيسأل من بيده المنزل فيذكر حجة لو قامت له بها بينة كان أولى بالمنزل من مدعيه وسبب ضرب الأجل، لإتيانه بالبينة على ذلك فأجل الأجل الواسع الشهرين والثلاثة فيمضي الأجل، ولم يحضر شيئًا

ويذكر غيبة شهوده وتفرقهم يضرب له أجل آخر أو يقضي عليه؟ قال أما الرجل المأمون الذي لا يتهم على المدعي بباطل، ولا يتقوله فيزيده في الأجل وأما الملد الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا يمكن من ذلك إلا أن يذكر أمراً يتقارب شأنه لم يختبر كذبه في مثله.

وبيع ملك لقضاء دين قد أجلوا فيه إلى شهرين

وحل عقد شهر التأجيل فيه وذا عندهم المقبول

يعني أن من له أصل دار أو غيرها وعليه دين وليس له قضاء لدينه إلا من قيمة ذلك الأصل فإنه يؤجل الشهر والشهرين لبيع أصله؛ لقضاء دينه لأنه لا يتأتى في الغالب المعتاد بيعه في أقل من ذلك؛ لافتقاره إلى التسوية ومعرفة من له رغبة في شرائه بتعريضه للبيع والشهران في ذلك مظنة بلوغ الإخبار عن بيعه لمن يريد شراءه، وكذا أجلوا في حل العقود الشهر ونحوه، وحل العقود يكون بأشياء: إما بظهور تناقض على السواء في الاسترعاء، أو بظهور تناقض في المشهد ومن في حكمه في الأصل كاختلاف قول واضطراب مقال، أو بمضادة قوله لنص ما شهد له به وإما بتجريح شهودهما، وإما بثبوت استرعاء، أو إقرار على صفة بعداوة بين الشهود وبين المحكوم عليه في غير ذات الله، وإما بثبوت استرعاء معروف السبب فيما انعقد بعوض أو غير معروف السبب فيما انعقد بالتسريح، وإما بظهور استحالة في متون الرسم كذا قال الشارح في أول باب الشهادة. قال في أحكام ابن سهل: من ثبت عليه دين ولم يكن من أهل الناص فإنه يؤجل في بيع ربعة الشهر أو أكثر إلى الشهرين فهذا ما عندنا قاله ابن لبابة وابن الوليد وقال أبو القاسم الجزيري وفي الإعذار في البيئات وحل العقود ثلاثين يوماً انتهى.

وتجمع الأجل والتفصيل في وقتنا هذا هو المعمول

يعني أنه يجوز للقاضي أن يجمع الأجل ويعين لها أجلاً معلوماً، ويجوز له أن يفصلها شيئاً بعد شيء كما تقدم في قوله: وفي سوى أصل له ثمانية... إلخ وكذا ما بعده، وفي كلا الوجهين سعة والعمل اليوم على تفصيلها، ووجه رجاء تمام القضية في أثناء الأجل الأول فلا يفتقر إلى الأجل الثاني وهكذا قال ابن قنوج: بتفريق الأجل جرى العمل وعليه بنيت السجلات.

فصل في الإعذار

الإعذار مصدر أعذر إعذاراً إذا بالغ في طلب العذر.

وقبل حكم يثبت الإعذار بشاهدي عدل وذا المختار

فصل في الإعذار

قوله: (وبه العمل) هذا الذي قال فيه ابن عبد السلام هو المشهور، وهل يكون الحكم كالعدم

يعني أن من توجه عليه الحكم من المتداعين قبله يجب الإعذار إليه قبل الحكم عليه، وذلك بأن يقال له أبقيت لك حجة فإن قال لا حكم عليه، وإن ذكر أن له بينة أجله إليها وإن ذكر أن له بينة بعيدة حكّم عليه وكتب في كتاب ومتى أحضرها فهو على حجة وإن عجز ولم يدع شيئاً حكّم عليه، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥]. ويثبت ذلك الإعذار بشاهدي عدل هذا هو المختار عند الفقهاء (وبه العمل) فقوله وهذا المختار يحتمل أن تعود الإشارة إلى كون الإعذار قبل الحكم، ومقابلته أنه بعده وهما قولان كما يأتي ويحتمل أن تعود إلى قوله بشاهدي عدل ويكون مقابله أنه يكفي الإعذار بشاهد واحد. قال المتطفي: ينبغي للقاضي أن لا ينفذ حكمه على أحد حتى يعذر إليه برجلين وإن أعتز بواحد أجزأه، واستدل قائل هذا بقوله ﷺ «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» (١٣) وتوخذ صحة الاكتفاء بواحد من قول الشيخ خليل وتذب متعمد فيه حيث جعل التعمد مستحباً لا واجباً، وعلى الاحتمال الأول اقتصر الشارح. ابن عرفة: الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه؟ قال ابن فتحون وغيره: لا ينبغي للقاضي تنفيذ حكم على أحد حتى يعذر إليه، والأصل فيه عند الفقهاء قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ﴾ [الإسراء: ١٥] الآية وفي مفيد ابن هشام: وقد اختلف في الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل يعذر إليه وحيثه يحكم عليه وبه العمل، وقيل: يحكم عليه وبعد ذلك يعذر إليه وعلى تقديم الإعذار قبل الحكم ذهب الناظم. فرع: إذا حكم القاضي على من توجه عليه الحكم من غير إعذار، ثم وجد للمحكوم عليه حجة (فله القيام بها) وكذا إن أعتز إليه ولم يعجزه، نقله الترناسي في شرحه وقد استطرذ الشارح هنا ذكر الخلاف في قضاء القاضي بما فهم من كلام المتداعين، وأنه اختلف هل يجتزئ بمجرد فهمه أو لا من تحقيق ما يسمع منهما دون احتمال؟ وكذا نقل الخلاف في الشهادة بالفهم قال ابن رشد في أعمال الشّهادة بما يظهر من قصد المشهود عليه وإرادته ثالثها، ويثبت الشاهد شهادته بذلك ا هـ. أي يبين أن شهادته بالفهم لا

إن لم يقدمه الإعذار الراجع أنه كالعلم، فالمشهور والذي به العمل أن الإعذار قبل الحكم وإن لم يسبق الحكم مع ذلك فالراجح بطلانه، هذا حاصل ما نقلناه في شرحنا على قول المتن: وأعذر بأبقيت لك حجة، وعلى هذا يقول الناظم: وهذا المختار يحتمل رجوعه للأمريين قبله كون الإعذار قبل الحكم، وكون الإعذار بعدلين إذ الخلاف في الأمريين معاً، والراجح فيهما أن الإعذار قبل والعدل الواحد كاف، ولكن الذي وجدنا فيه ذكر الاختيار إنما هو في الأمر الثاني وهو التناذر، فيرجع أن قول الناظم وهذا المختار راجع للأمر الثاني، والمذهب كما بينا ذلك في الشرح عند قول المتن وتذب توجيه متعدد فيه أن الواحد كاف، ولكن ما اختير هو المناسب لزماننا لقلة العدالة وكثرة الجاهالة. قوله: (فله القيام بها) هذا فيه إجمال وصوابه أن يقول بعدما ذكره إلا أن كان لذلك وجه كتسيان بينة ونحو ذلك، وهذا في المقرب مبين غاية في شرح ابن الناظم، وهذا من هذا الشارح عجب مع كونه تبع ابن الناظم في جل كلامه، وهذا الفرق بين الإعذار والتعجيز

(١٣) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٣١٤، ٢٣١٥، ٢٦٤٩، ٢٦٩٦، ٢٧٢٥، ٦٦٣٤، ٦٨٢٨، ٦٨٣١، ٦٨٣٦، ٦٨٣٦، ٦٨٤٣، ٦٨٦٠)، ومسلم (١٦٩٧)، وأبو داود (٤٤٤٥)، والترمذي (١٤٣٣)، والنسائي (٥٤٢٦، ٥٤٢٥)، وابن ماجه (٢٥٤٩)، وأحمد في المستد (١١٥/٤، ١١٦)، والدارمي (٢٣١٧)، والحميدي (٨١١)، وعبد الرزاق (١٣٣٠، ١٣٣١)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٣٧)، والطبراني في الكبير (٥١٨٨، ٥١٨٩، ٥١٩٢، ٥١٩٥، ٥١٩٦)، والبيهقي في السنن (٢١٩/٨، ٢٢٢).

بالتصريح، ثم قال الشارح ما حاصله أنه لا يبعد أن يفرق بين الحكم والشهادة، فإنَّ الضرورة تدعو إلى الشهادة بالفهم لا سيما الشهادة الاسترعائية، والحكم ليس كذلك، إذ لا ضرورة تدعو إلى إنفاذ الحكم دون تحقيق الفهم على الخصمين قال: والشهادة الأصلية مثله، وانظر الباب من تبصرة ابن فرحون.

وشاهد الإعذار غير معمل في شأنه الإعذار للتسلسل

ولا الذي وجهه القاضي إلى ما كان كالتحليف منه بدلا

ولا الذي بين يديه قد شهد ولا اللّيف في القسامة اعتمد

ولا الكثير فيهم العدول والخلف في جميعها منقول

عُدَّ في هذه الآيات من الشهود الذين لا يعذر فيهم أي لا يجرحون خمسة. (الأول الشاهد على المحكوم بالإعذار أي بآته لم تقبل له حجة فإذا شهد عليه بذلك ثم أتى بحجة تقبل لو لم يعذر إليه، وأنكر الإعذار فاستظهر للمحكوم له بشهادة شاهد الإعذار فأراد المحكوم عليه الإعذار في الشاهد بتجريحه، فإنه لا يمكن من ذلك؛ لأنَّ الحكم متوقف على الإعذار فإذا أمكن من تجريح شاهد الإعذار وجرحه بطل وصار كالعدم وتعذر الحكم عليه لتوقفه على الإعذار، والفرض أن تجريح شاهده فيتعذر الحكم عليه أبداً وهذا مراده بالتسلسل والله أعلم. فالإعذار الأول في البيت هو المصطلح عليه وهو قطع الحجة، وهو أهم من أن يكون بتجريح الشهود أو حجة غيره فيقال لمن توجه عليه الحكم: شهد عليك فلان وفلان بقيت لك حجة أي من تجريحهما أو معارضة شهادتهما بما يبطئها أو نحو ذلك، والإعذار الثاني المراد به التجريح لا غيره، واعلم أنَّ هذا الإعذار هو من حق القاضي فإذا كان المحكوم عليه حاضراً بين يدي القاضي وقت الإعذار لم يجرح شاهده لأنَّ الشاهد بما في مجلس القاضي لا يجرح كما يقوله النّظام: ولا الذي بين يديه قد شهد وإن لم يكن حاضراً لكونه مريضاً أو امرأة لا تخرج فوجه إليه القاضي من يعذر إليه فلا يعذر أيضاً في الشاهد الموجه لذلك كما يقوله أيضاً، ولا الذي وجهه القاضي إلى ما كان كالتحليف منه بدلا فمسألة النّظام المشار إليها بقوله: وشاهد الإعذار البيت آيلة إلى إحدى هاتين المذكورتين بعدها، وقد عادت المسائل الخمس أربعاً، وإتّما ذكرها بالخصوص؛ لإرادة التخصيص على أعيان المسائل، وإلى هذه المسألة إشار بالبيت الأول. وغير معمل بضم أوّله وفتح ثالثة اسم مفعول من أعمل، وفي شأنه يتعلّق به والإعذار نائب فاعل معمل. الثاني

الذي يقع بعده، فإن التعجيز المذكور لا يقام بعده مطلقاً بخلاف الإعذار، وإنما يقام بعد التعجيز الموصوف في أمور مذكورة في المختصر وغيره وقد بينا هذا في شرحنا غاية، وأن كانت المسألة فيها خلاف، ووقع لبعض تخليط حتى جعل الإعذار كالتعجيز والتعجيز كالإعذار، ولذلك قال في المختصر: وإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلّا لعنر إلى آخر تلك المسائل، وقال أيضاً: ويعجزه إلّا في دم إلخ انظر الانتقال في المحلين المذكورين إن شئت وخفت من الخطأ. تكميل: قال أبو الحسن على المدونة في كتاب الجنائيات مشبهاً بشيء ما نصّه: الشاهد يشهد بحق لرجل لا يحلف للمشهود له حتى يعذر للخصم في الشاهد لثلاث تلعب بميته باطلاً هذا هو الصحيح، وبذلك وقمت الفتوى

من الشهود الذين لا يعذر فيهم من وجهه القاضي نيابة عنه لتحليف أو حيازة ونحوها. (الثالث الشاهد بما أقر به الخصم بين يدي القاضي). قال في طرر ابن عات: قال الباغي إنما يعذر في الذين حضروا الحيازة إذا لم يوجههم القاضي لحضور الحيازة وإنما توجهوا برغبة الطالب في ذلك، وأما إذا أرسلهم القاضي فلا يباح للمنفع فيهم؛ لأنهم مقام نفسه في ذلك، والحجة في ذلك قول سيدنا ومولانا محمد ﷺ: «أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(١٤) فجعله مقام نفسه في ذلك ولما ذكر ابن عرفة أن الحكم لا يكون إلا بعد الإعذار قال: ظاهره ولو فيما شهد به على الخصم في مجلس الحكم ولابن رشد يحكم عليه بتلك البيعة دون إعذار قاله ابن العطار وفيه اختلاف. الرابع إذا شهد اللقيف وهم جماعة غير عدول والنساء والصبيان على أن فلاناً قتل فلاناً فقد اختلف هل ذلك لو توجب معه القسامة أو ليس بلوث؟ والمشهور ليس بلوث وعلى كونه لو أن أشار إليه بقوله ولا اللقيف في القسامة اعتمد فلا يقدح في شهادتهم عدم العدالة ولا يجرحون؛ لأن من قبل شهادتهم وعدوا لو أن إنما دخل على أنهم غير عدول فكيف يجرح من دخل على علم عدالته وتجرعحه؟ وستأتي هذه المسألة للناظم في أحكام الدماء في أمثلة اللوث الموجب للقسامة حيث قال: أو بكثير من لقيف الشهداء... إلخ. الخامس شهادة الجماعة الذين منهم عدول أو غيرهم فلا يجرحون أيضاً ولا يعذر فيهم للمشهود عليه. قال ابن عرفة: وذكر ابن سهل في مسألة أبي الخير الزنديق الملقب لزندقته بأبي الشر أنه شهد عليه بأنواع كثيرة من الزندقة الواضحة عدد كثير ثبتت عدالة نحو عشرين منهم، وأكثر من ضعفهم استظهاراً فافتي قاضي الجماعة مندر بن سعيد وإسحاق بن إبراهيم وصاحب صلاة الجماعة أحمد بن مطرف يقتله دون إعذار، وأشار بغض من حضر من أهل العلم بأن يعذر إليه فآخذ الناظر في أمره بالقول بعدم الإعذار اهـ. من الشارح. وفي التوضيح: لما ذكر أنه يعذر للمشهود عليه في شهادته من شهد عليه ما نصه: أما لو شهدوا على إقراره بمحضر القاضي فهل يعذر إليه فيهم أو لا يعذر لكونه سمع إقراره معهم؟ قولان: الأول: لابن الفخار، والثاني: مذهب الأكثر وبه مضى العمل. قال صاحب التحرير: يعذر في كل الشهود إلا خمسة: أولها: هذا. ثانيها: من وجهه الحاكم من قبل نفسه، ثالثها: المزكي في السر رابعها: المبرر في العدالة والعمل على أنه يعذر فيه بالعداوة لا غير، خامسها: من قبل شهادته بالتوسم خليل: وتزداد سادسة نقلت عن ابن بشير القاضي، وذلك أنه حكم على وزير في قضية وهو غائب فقال له الوزير: أخبرني بمن شهد علي، فقال ابن بشير: مثلك لا يخبر بمن شهد عليه، يعني: وإن كان نص في المدونة أنه يخبر بمن شهد عليه وبالشهادة فلعن له حجة ولا حكم عليه اهـ. وليس في كلام الناظم من هذه الست إلا الأولى والثانية، فمجموعها إذا تسع مسائل خمسة في النظم وأربعة في التوضيح، وهي الثالثة وما بعدها وانظر تركية السر في قوله: وشاهد تعديله باثنين ومعنى المسألة (الخامسة) وهي الشهادة بالتوسم هي شهادة أهل القافلة بعضهم لبعض عند حاكم القرية أو البلدة التي

بسؤال أتى من سبته اهـ. وبه تعرف ما في شروح التحفة. قوله: (الثالث الشاهد بما أقر به الخصم بين يدي القاضي) أي وسمعه كما بيناه في الشرح ويدل له التعليل المذكور هنا وهو قولهم لعلم القاضي بما شهد به الشاهد. قوله: (الخامسة وهي الشهادة بالتوسم) إلخ. هذه لم يذكرها في المختصر هنا وتكلمنا عليها عند قول المتن لا المجلوسين إلا كعشرين إلخ في كتاب الشهادات،

حلوا أو مروا بها، فإن مالكاً وجميع أصحابه أجازوا شهادة من شهد منهم لبعضهم على بعض وإن لم يعرفوا بعدالة ولا سخطه إلا على التوسم لهم بالحريّة والعدالة، وذلك فيما وقع بينهم من المعاملات في ذلك السفر خاصّة، والتوسم مأخوذ من الوسم وهو العلامة. وعنه رحمته: «إن لله عبداً يعرفون الناس بالتوسم»^(١٥) انظر الباب السادس والثلاثين في القضاء بشهادة التوسم من القسم الثاني من بصرة ابن فرحون وستأتي هذه في قول الناظم:

ومن عليه وسم خير قد ظهر ركيّ إلا في ضرورة السفر

فصل في خطاب القضاة وما يتصل به

الخطاب هو أن يكتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من حق الإنسان من

والراجع باعتبار ما يظهر من كلامهم ألا بدّ من شرط العدالة، ولا يكفي التوسم فيما ذكر إلا إذا كثر من شهد بحيث يفيد كلامه القطع فانظره إن شئت السلامة من الحكم بغير الراجح، وقد بسط المسألة صاحب المنتخب غاية ونقلنا ذلك في الشرح، وحاصله أن محتون في المدونة سمع من ابن القاسم عدم الاكتفاء إلا بالتعديل، وابن حبيب نسب للأخوين الاكتفاء بالتوسم على وجوه مخصوصة، ونسب المتطي عدم الاكتفاء لابن القاسم وأشهب والمقابل للأخوين عن مالك وأصحابه، وقال ابن ناجي في كتاب اللقطة على قولها وإذا شهد قوم غرباء لا يعرفون لم يقبلوا إلخ ما نصّه: ظاهرها ولو في الشيء اليسير وظاهرها أنه لا يعمل على التوسم وهو كذلك، وقيل يعمل على من ظاهره العدالة بالتوسم فيما يقع في الأموال إلخ، وأصل ذلك لأبي إبراهيم فإنه قال على كلامها هذا ما نصّه ظاهره، وإن كانت الشهادة فيما بينهم، وظاهره كانت في الأموال أو في الجراح. وقال ابن شعبان: إذا قدمت الرفقة فشهد بعضهم بعض في الإجازات جازت الشهادة إذا توسمت فيهم العدالة إلخ. فتبين أن الراجح هو ملعبهما وهو عدم الاكتفاء بالتوسم، وما في المنتخب عن المدونة هو صريحها لا ظاهرها، مع أن القول بالاكتفاء بالتوسم فيه تفصيل يطول جلبه، وقد قال في التحفة:

ومن عليه وسم خير. قد ظهر ركيّ إلا في ضرورة السفر

ونقل عليه شارحها كلام ابن حبيب فتأمل فإنه مرّ على خلاف الراجح، ولم تقف على من قال العمل على ما في التحفة من يعتبر قوله، والباقي ذكر المسألة ويظهر منه قبول قول ابن حبيب، وكذا صاحب المعيار. في نوازل الأقضية فإنه نقل ما نصّه: تجوز شهادة الأسارى بعضهم لبعض على التوسم للضرورة إلخ. انظر هذا كله في الشرح مع زيادات كثيرة وتفصيل طويل فيما أجازاه ابن حبيب ولا يكفي عت كلام هذا الشارح.

فصل في خطاب القضاة وما يتصل به

قوله: (وقد نقل الشيخ ابن عثري إلخ) هذا لا يمكننا فيه اختصار بل كتبنا في الشرح ما فيه

(١٥) [حديث حسن]: أخرجه الطبراني في الأوسط (٣٠٨٦)، وذكره البيهقي في الجمع (٢٦٨/١٠)، وقال: رواه البزار والطبراني في الأوسط وإسناده حسن، وحسنه الشيخ الألباني في الصحيحة (١٦٩٣).

بلد القاضي الكاتب على آخر في بلد القاضي المكتوب إليه ويتقدّ المكتوب إليه ذلك في بلده، فيقع الحكم هنالك عملاً بقوله: «قبل» والحكم في المشهور البيت.

ثم الخطاب للرّسوم إن طلب حتم على القاضي وإلا لم يجب

يعني أنّ خطاب القاضي للرّسوم إن طلبه منه صاحبها فهو واجب عليه وإن لم يطلبه منه لم يجب عليه ذلك، والرّسوم جمع رسم، والمراد بها الصكوك وكان اللام في «الرّسوم» بمعنى في على حدّ «ونضع الموازين القسط ليوم القيامة» [الانبياء: ٤٧] أي في يوم القيامة أي ثم خطاب القاضي لقاضي آخر في الرّسوم فهو متعلّق بمحذوف صفة للرّسوم، وإنّما قال في الرّسوم لأنّ الخطاب يكون بالرّسم ويكون بمشافهة القاضي للقاضي كما أشار إليه خليل بقوله: وأنهى لغيره بمشافهة إن كان كل بولايته وشاهدين مطلقاً... إلخ وكلاهما واجب على القاضي إن طلبه منه والله أعلم. قال الشّارح: قال المازري: ويكتب الحاكم إن حكم بما حكم به ويكلّ حجة له من تعديل وتجريح وموجب حكمه؛ ليكون له حجة على المحكوم عليه إن نازعه ويكتب بما حكم به لحاضر على غائب أبهم المكتوب إليه أو عتيه في سماع عيسى عن ابن الفاسم: من ثبت حقه عند قاضي فله أن يكتب له بذلك كتاباً إلى أي الأفاق كان لا يسمي قاضياً بعينه ولا بلداً بعينها. قال ابن رشد: هو كما قال اتّافاً. قال الشّارح: وما يلحق بذلك النّظر في الخطاب وفي محله من الرّسم للمخاطب به وفي كَيْفِيَّتِهِ. قال ابن المناصف: وشأن قضاة وقتنا كتب الخطاب أسفل وثيقة ذكر الحق، وقد يكون في ظهر الصّحيفة أو أحد عرضيها إن عجز أسفلها، وربما كان في ورقة ملصقة بالوثيقة إن تعلّز الموضع، ويستحبّ أن يبدأ بسم الله الرحمن الرحيم واستخفّ قضاة زماننا ترك ذلك في مخاطبات الوثائق وأراهم لاكتفائهم بالاستفتاح الواقع في صدر العقد، وإعادة ذلك أولى لأنّه ابتداء فصل غير الأوّل وكيفيته أن يكتب أعلم بصحة الرّسم المقيّد فوق هذا على ما يجب الشّيخ الفقيه الاجلّ أبا فلان بن فلان أدام الله توفيقه وتسديده، وليّه في الله تعالى فلان بن فلان والسّلام عليكم. وذكره تاريخ المخاطبة أحسن وأحوط لاحتمال عزل القاضي الكاتب، ولم يبلغه العلم بعزله فيدخله الخلاف في أعمال خطابه وعدم أعماله؛ ولأنّ البيّنة التي خاطب بقبولها وثبوت الحق بها ربّما انتقلت حالهم إلى جرحه حدثت، فإذا تأخّر العمل بذلك الخطاب ثمّ أعلن لمن ثبت عليه الحق، ولم يكن تاريخ أمكنه إسطاله بإثبات جرحه البيّنة الآن، ولا يمكنه ذلك مع ذكر التاريخ لسلامة وقت الأداء والقبول من الجرحه الحادثة وإنّما قدّموا في التخاطب مفعول أعلم وهو اسم المكتوب إليه على الفاعل الكاتب تعظيماً له واهتماماً به اهـ. ببعض اختصار وبعضه بالعنى. (وقد نقل الشّيخ ابن غازي) في تكميل التقييد كلام ابن المناصف المنقول اتّافاً في

الشّفاء إن شاء الله تعالى وذكرنا حكاية السطحي وما وقع في ذلك، ولكن مرادنا هو الإنهاء يصحّ مطلقاً مات الكاتب أو عزل قبل الوصول، أو مات المكتوب إليه أو عزل وتولى غيره، وهذا هو الذي أدركنا أشياءنا عليه، وما ذكره ابن عرفة في مسألة السطحي لم يظهر لنا هو المذهب وإن رجع

شرح قول المدونة في كتاب القضاء وإذا كتب قاضي إلى قاضي فمات الذي كتب الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده فالكتاب جائز بفقه من وصل إليه وإن كان إنما كتب لغيره اهـ. ثم استنظر ذكر فروع رأيت إثباتها هنا لغرابتها بالنسبة للقاصر مثلي.

(أحدها بم يثبت خط القاضي). الكاتب قال فيه ما حاصله: إنه اتفق أهل عصرنا على

لكلام ابن المتأصف لأن دليل ابن المتأصف لم يظهر وصاحب التحفة مر على أنه إن مات المخاطب أو عزل ففي بطلان الإنهاء قولان ما لم يسجل الحكم فيمضي الإنهاء بلا خلاف، وإن مات المكتوب إليه أو عزل تم الإنهاء من جاء في محله وهذا مضمون قوله: وإن تمت مخاطب الخ الأبيات الثلاثة. والذي تظهر صحته هو المضي مطلقاً وهو الذي يظهر من كلام ابن رشد وغيره، ولكن لابد من النظر عند قول المتن: وأنه لغيره الخ.

قوله: (أحدها بما يثبت خط القاضي الخ) قال القاضي المكتاسي: جرى اصطلاح من أدركنا من القضاة يعملون على خطوط كل من يعرفون خطه من القضاة ومن لم يعرف ذلك اكتفوا فيه بشاهد واحد الخ، ولعل الاكتفاء بشاهد واحد إن الغالب على المخاطب بالفتح أن يعرف خط للمخاطب الكسر فصار الشاهد يشهد بما يعلم القاضي صحته غالباً فسومح في ذلك لأجل هذا، ألا ترى إن من شهد بين يدي القاضي لا يصلو فيه لمشاركة القاضي للشاهد في علم ما شهد به كما تقدم، ولكن كلام الكثير من الموقنين على أن التعريف لخطاب القاضي إنما يكون بعدل، ولكن قف على الشرح عند قول المتن أو بأنه حكم له به في الشهادة وهذا هو المناسب لزماننا عند من أنصف، وكان شيخنا العالم الأطهر والقاضي الأشهر سيدي علي المراكشي إذا أتاه من يعرف بخط يقول له اكتب بيدك في رسمه إن هذا خط فلان وضع علامتك على ذلك، والله لقد نصيح للمسلمين في هذا غاية وذلك أن الشاهد ربما لقلة دينه وحرصه على الإجارة يقول هذا خط فلان وإن لم يتيقنه، فإذا ظهر أنه غير خطه أنكر أن يكون هو المعروف به، والقاضي قد ينسى من عرف وربما عزل أو مات، وإن لم ينس ولم يموت ولم يعزل أنكره المعروف فيتخير القاضي، وربما نسب لما لا ينبغي ولا يتأتى شيء من هذا إن كتب ما ذكر بخطه، وقد فعلنا هذا حين ولأيتنا فأنزجر العدول فخافوا وعادوا يحتاطون في التعريف غاية، وكان شيخنا العلامة قاضي مكتاسة الزيتون سيدي أبو مدين ربما قال شهد على خطه فلان، وهذا وإن كان فيه بعض احتياط لكن المعروف يتأتى له الإنكار مع هذا، وربما ينسب القاضي للخطأ لا سيما إن عزل أو مات، فالاحتياط التام هو الكتب فافهم هذه الفائلة إن أردت السلامة والسلام. وما ذكره ابن المتأصف من اكتفاء القاضي بمعرفة خط المخاطب بالكسر ففي نوازل الأقضية من المعيار عن أبي زيد لا يعتمد القاضي على معرفته بخط من خاطبه إلا أن يشهد عدول عليه أن يأتيه ذلك الخط مراراً في غير شيء واحد لا يختلف الخط عليه فليقبله. ونقل عن محمد بن جياض أن عبد المنعم حين كان قاضياً بالمرية خاطب ابن عمه عبد الله بن علي وهو قاض بتلمسان يقول له: إنك تعرف خطي وتعرف خطك ولا معنى للتأولين عندي مع هذا، وكان عبد المنعم بمكان من العلم والنبل. وهنا ذكر عن أبي الحسن اعتماد القاضي على معرفته بالخط هو من باب الحكم بعلمه الخ. والاحتياط في هذه الأزمان لابد من تعريف عدلين للخطاب مع الثاني والنظر للقرائن الدالة على الصدق في التعريف

قبول كتاب القاضي في الاحكام والحقوق بمجرد معرفة خطه دون إشهاده على ذلك ولا خاتم معروف ولا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه دون إشهاده على ذلك ولا خاتم، ثم وجه ما جرى به العمل. الثاني: قال ابن المناصف إن ثبت خط القاضي بيّنة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل به، وإن لم تقم بيّنة على ذلك والقاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب إليه فجازت عندي بمعرفة قبوله خطه وقبول سحنون كتب أمثاله بلا بيّنة يدلّ على ذلك وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز القضاء به لأن ورود كتاب القاضي عليه بذلك الحقّ كقيام بيّنة عنده بذلك، فقبوله الكتاب بما عرفه من خطه كقبوله بيّنة بما عرف من عدالتها. الثالث: قال ابن المناصف ويجب على القاضي الذي ثبت عنده كتاب قاضي إليه في حقّ يتأخّر الحكم فيه أن يشهد على نفسه بثبوت ذلك الكتاب عنده الذي قبله بمعرفة خطه؛ لأنّه إذا لم يفعل ذلك فمات أو عزل وقد مات الذي كتبه له أو عزل وخلف مكان المكتوب إليه قاضي آخر أجاز صاحب الحقّ لإثبات ذلك الكتاب عنده بشهود على القاضي الذي كتبه في حال ولايته أنّه كتابه إذ لا يكتفى في ذلك بمعرفة الخطّ إن كان الذي كتبه مات أو عزل لما نبّهته، وهو أنّ ثبوت كتابه بمجرد الشهادة على خطه كمشافهته بسماع نطقه ذلك وسماع ذلك منه وإثما يعتبر في ولايته وأما بعد عزله فلا انظر تمام كلامه إن شئت. الرابع: قال ابن المناصف وتجوز مخاطبة قضاة الإمام بعضهم ببعض، ولو ولي بعض قضاة الإمام قضاءً في عمله لبعد الحلّ عنه صحّ مخاطبته إليّاهم ومخاطبة بعضهم بعضاً إن أذن لهم في ذلك، وإن قصرهم على مخاطبته لم تجز مخاطبة بعضهم بعضاً؛ لأنهم وكلاؤه فلا يتعدوا ما حده لهم ولا ينبغي أن يخاطبهم قاضي إقليم غير الذي ولّاهم، ولا يخاطبوه إلا أن يكون ذلك بإذن الذي ولّاهم، وإن كان تقديم القاضي قضائه بإذن الإمام الذي ولّاه جازت مخاطبتهم مطلقاً فيما بينهم وبين غيرهم. الخامس: قال ابن المناصف وشأن قضاة وقتنا كتب الخطاب في أسفل وثيقة ذكر الحقّ إلى آخر كلامه الذي نقلناه عن الشارح أول شرح هذا البيت فراجع. السادس: قال ابن عرفة الذي استقرّ عليه عمل القضاة بإفريقية عدم تسمية القاضي المكتوب إليه، وغالب أمرهم أنّه إن كان الذي كتب الإعلام هو قاضي الجماعة بتونس فإنّه لا يكتب في آخر خطابه: والسّلام على من يقف عليه ورحمة الله وبركاته، وإن كان

هذا الذي يدان به الله تعالى حيث لم يعرف القاضي الخط، وإلاّ فالواحد كاف إذا علم القاضي بتزول منزلة عدل آخر وأكثر لا سيما على من يقول: تكفي معرفة القاضي لخط المخاطب فانهم. ولعل ما عند فارس من الاكتفاء بالواحد في تحريف خطوط القضاة هو مبني وناظر لكفاية الشاهد الواحد في خط شاهد آخر على نفسه بخطه أو خط شاهد مات أو غاب، ولكن ذلك مع اليمين كما تراه فيما يأتي. وأما الشهادة على خط المقر أو الشاهد فيأتي عند قول الناظم: وخط عدل مات أو غاب اكتفى إلخ.

الكاتب غيره كتب في إعلامه لفظ السَّلام... إلخ، وذكر لي بعض من يوثق به أنه ورد خطاب من قاضي بجاية إلى تونس والقاضي بها يومئذ أبو إسحاق بن عبد الرقيع ولم يكن فيه لفظ السَّلام فتوقف في قبوله. قال ابن المناصف: وإن شاء جعل فعل الإعلام حالاً وكتب أعلم بضم الهمزة وكسر اللام ورفع آخر الفعل، ثم يقولون بعد ذكر اسم المکتوب إليه وكتب فلان بن فلان، وإن شاء كتب أنسفل العقد المقيّد فوق هذا أو صحّ بالرّسم أو ثبت الحقّ وما أشبه ذلك ممّا يدلّ على هذا المعنى. السّابع: إن اشتملت الصّحيفة على عقود كثيرة صحّ جميعها عنده، نصّ على ذلك في خطاب واحد فيقول: أعلمت الشّيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحّة الرّسوم الثلاثة أو الأربعة المقيّدة أو الرّسمين المقيدين فوق كتابي هذا أو بمقلوبه، وإن صحّ بعضها دون جميعها نصّ على ما صحّ منه إمّا بأن يقول المقيّد أوّل هذا الصّحّح الموالي لكتابي هذا أو يعيّنه تعييناً يدفع الإشكال فيذكر الحقّ بعينه. الثّامن: إن لم يكن في العقد المخاطب عليه إلاّ شاهد واحد وكان فيه شهود لم يقبل منهم إلاّ شاهداً واحداً مخاطب فيه من غير أن يذكر صحّ في الرّسم، ولا استقلّ ولا ثبت بل يقول: أعلم الشّيخ الفقيه أبا فلان بقبول شهادة فلان بن فلان المسمّى عقب ذكر الحقّ المقيّد فوق هذا فيما شهد به من ذلك على ما يجب وشبه هذه العبارة، وهذا إنّما هو في الحقوق الماليّة فيخلف صاحبها مع الشّاهد ويستحقّ حقّه وأمّا الوكالات والحدود وما يثبت بشاهد ويمين فليس للمخاطبة فيه على الشّاهد الواحد وجه إلاّ إن رجي أن يضاف إليه في غير ذلك الموضع شاهد آخر، فإن أحلفه القاضي الكاتب وثبتت يمينه عنده بشاهدي عدل كما يجب قال: أعلم الشّيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحّة الرّسم المقيّد فوق هذا بشهادة فلان بن فلان، ويمين صاحب الحقّ المشهود له فلان على صحّة ما شهد له به من ذلك وثبوته عندي كما يجب بعد سؤاله الإذن منّي في اليمين المذكورة، ورأيت إباحة ذلك كلّه وكتب فلان بن فلان. التاسع: إن كان الخطاب بقبوله خطاباً وصل إليه كتب: أعلم الشّيخ أبا فلان بقبوله الخطاب الثّابت عندي المرسم فوق هذا أو يمتته أو يسرته أو مقلوبه. العاشر: إذا لم يكتب القاضي تحت العقد خطاباً يصرّح فيه بالإعلام بصحّة ذلك العقد عنده واقتصر على أن كتب صحّ الرّسم عندي أو استقلّ وكتب فلان بن فلان، فذلك لغو غير جائر بقبوله بمجرد الخطّ هـ. وإلى كون ثبت ونحوه ليس بخطاب أشار ابن عاصم بقوله: وليس يعني كتب قاضي كاتفتى البيتين. الحادي عشر: ممّا تسامّح فيه أهل فاس وعملها ولا يعلم له أصل شهادة عدولهم على تسجيل قاضيهما، فإذا وضع القاضي خطّه كتب الشّاهد شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه، فهذه شهادة على خطّه، وكيف تصحّ الشهادة على خطّه وقد لا يكون بين مقعده ودكان من شهد عليه إلاّ قدر خطوة أو أقلّ؟ ومما يتسامحون فيه أيضاً رسوم إثبات الاصول إذا ثبت الرّسم عند القاضي ووقع عليه اكتفى فتحاز عنهم، كتب الموثّق الحمد لله حضر عن إذن قاضي الجماعة إلى أن قال: فحاصله أنّ شاهدي الحيّزة وهما الشّاهدان على القاضي بأنّه قدّمهما للحيازة وأذن لهما فيها فكيف تصحّ شهادتهما لأنفسهما وقد كان العدل أبو عبد الله بن دشار يحدث أنّ عادتهم كانت في القديم أنّ الشهادة في الحيّزة تكون بأربعة شهداء اثنان منهم يشهدان على القاضي بصحّة الرّسم ويتوجّه الآخرين للحيازة

والاثنا عشر الآخرين يشهدان على الحائزين بالحيازة، ولا إشكال في هذا. قال مقيد هذا الشرح - عفا الله عنه - : وكان الأصل أن يحتاج إلى ثمانية عدول: اثنان يشهدان بالملكية واستمرارها، واثنان يشهدان على القاضي بتقديم اثنين للحيازة واثنان يحوران أعني اللذين قدمهما القاضي للحيازة يقولان هذا الذي حزناه وتطرقنا به هو الذي شهد به فلان وفلان عند قاضي كذا بأنه لفلان الغالب مثلاً، واثنان يشهدان على الحائزين، بالحيازة، ويكتفي بأربعة: اثنان يشهدان بالملكية واستمرارها واثنان يشهدان على القاضي بتقديم شهود الملك للحوز وبأنهما حازا، ولا يكفي أن يشهد الحائزان بأن القاضي قدمهما للحيازة؛ لأنها شهادة لأنفسهما، ولا أنهما حازا لأنها شهادة على فعل أنفسهما. وإنما يقع التداخل بين شهدي الملك والحيازة فيكون شهدي الملك هما الحائزين وبين شهدي تقديم القاضي للحيازة وشهدي الحوز، فيكون شهدي التقديم على الحوز هما شاهدي الحوز. الثاني عشر: قال في تكميل التقييد أيضاً وفي النوادر عن المجموعة إن ثبت عند المكتوب إليه أن من كتب إليه مستحق للفضاء في فهمه ومعرفته ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابه. قال ابن سحنون: عنه عن أشهب وإن كان غير عدل لم يقبله. وقال سحنون: يكتب غير العدل بإنفاذ الأمر ولا يقبل كتابه. قال أشهب: لا يقبل كتاب غير العدل إلا ما كان من أمر لا يشك في صحته، وفي النوادر عن أصبغ: إن جاءه يكتب قاضي لا يعرف عدالته ولا مسخطه، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة كمكة والمدينة والعراق والشام ومصر والقروان والأندلس فليقبله، وإن لم يعرفه، ومحمل مثل هؤلاء على الصحة، وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفذه حتى يسأل عنه. الثالث عشر: في رسم العنق من سماع عيسى سئل عن القاضي يكتب إلى قاضي في الحقوق والأنساب والموارث وأشباه ذلك فيكتب: أتايت فلان بشهود عدلوا عندي وقبلت شهادتهم ولا يسميهم في كتابه أيجوز؟ قال: نعم وهذا قضاء القضاة أرايت إن سألهم له أيعرفهم أم تنبغي عدالة أخرى ويسأل عنهم أم يستأنف فيهم حكماً غير ما حكم به وفرغ منه؟ ليس ذلك كذلك. قال العتيبي: قد قيل إنه ينبغي أن يسمي البينة في الحكم على الغائب ليجد سبيلاً إلى دفع شهادتهم عنه وهو عندي بين إن شاء الله. الرابع عشر: قال ابن رشد يجب على القاضي المكتوب إليه أو من ولي بعده أن يصل نظره فيما ثبت عند القاضي الكاتب، فإن كتب بثبوت شهادتهم فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم، ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم أعلن للشهود عليه فيهم، وإن كتب أنه أعلن إليه فعجز عن الدفع أمضى الحكم عليه. هـ. مختصراً من سماع ابن القاسم أول مسألة في الأفضية. الخامس عشر: ليس قول القاضي ثبت عندي كذا حكماً منه بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه. هـ. باختصار. قال مقيد هذا الشرح - سمح الله له بفضل - وقد أطال الكلام في هذه المسألة وما استدل به على أن الثبوت أعم من الحكم قولهم: ثبت عندنا موت الخليفة وخصب أرض كذا وثبت عندنا ظلم فلان وعداوته إلى غير ذلك مما علموه بالخبر وتلقوه بالقبول من أفواه العدول مما لا يصح أن يتصحب إليه الحكام ويطلب فيه القضايا والأحكام، وحاصل الأمر أن المعنى بالثبوت لغة حصول الأمر وتحققه انظر كلامه إن شئت. وإلى الخلاف في كون قول القاضي ثبت عندي كذا حكماً أو ليس بحكم أشار

الإمام سيدي علي الزقاق بقوله في المنهج المنتخب في قواعد الملهم:

والحكم والشبوت شيءٌ اتحد وقيل غيران على ذا يعتمد

انظر شرح الشيخ المنجور. قال الشيخ رحمه الله:

والعمل اليوم على قبول ما خاطبه القاضي بمثل أعلما

وليس يغني كتب قاضي كاكثفي عن الخطاب والمزيد قد كفي

وإنما الخطاب مثل أعلما إذ معلما به اقتضى ومعلما

هذا هو الصواب في ترتيب هذه الآيات والفصل بينها غير ظاهر، والله أعلم؛ لأن مضمون معناها وحاصله مسألة واحدة، وهي أن العمل جرى في زمن النظم على قبول خطاب القضاة بعضهم لبعض بقوله: أعلم باستقلاله أو بثبوته فلان، ونحو ذلك مما يؤدي معناه ولا يكفي في الخطاب أن يقول: اكتفى أو ثبت أو استقل ونحوها، وإنما يكفي ذلك عن زيادة الشهود فقط. وأما الخطاب فلا يكفي فيه إلا مثل أعلم... إلخ كما تقدم قريباً، فقوله وإنما الخطاب مثل أعلما هو تكرار مع البيت الأول زيادة ما يدل على الحصر، وهو إنما وبيان توجيه كون اكتفى ونحوه لا يكفي في الخطاب في قوله إذ معلما به اقتضى ومعلما، وبإيانه أن اللفظ الذي جرى به العمل في الخطاب يدل على ثلاثة أمور: أحدها: شخص معلم بكسر اللام بما ثبت عنده وهو القاضي الكاتب والثاني شخص معلم بفتحها وهو القاضي المكتوب إليه، ويصح العكس وهو فتح اللام في الأول وكسرها في الثاني وبالضرورة أنهما يدلان على أمر ثابت معلوم عند القاضي الكاتب أعلم به القاضي المكتوب إليه، فضمير به في البيت الثالث للأمر المعلوم الذي دل عليه المعلم. والمعلم بالكسر والفتح والمجرور يتنازع فيه معلم بالكسر والفتح، واقتضى بمعنى طلب وأفهم فقولهم في الخطاب أعلم باستقلاله أو بثبوته فلان أعلم بفتح الهمزة واللام والميم فعل ماضٍ، وفاعله هو الاسم المكتنى عنه بفلان الذي هو المعلم لغيره بما ثبت عنده، وهو يتعدى للمفعولين حذف الأول منهما للعموم على حد قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى دَارِ السَّلَامِ﴾ [يونس: ٢٥] أي: جميع عباد، وتقديره هنا من يقف عليه يعني بمن هو أهل لذلك فيشمل القاضي المكتوب إليه وغيره ممن يتولى بعده لموته أو عزله. والمفعول الثاني هو قوله بثبوته أو باستقلاله، وهو يتعلق بأعلم وضمير ثبوته للرسم أي أعلم كاتبه الواقف عليه أن هذا الرسم يستحق أن يعمل بمقتضاه؛ لاستجماعه شروط الحكم به واستقلاله بنفسه وعدم توقيفه على غيره. قال الشارح: قوله: «وإنما الخطاب» البيت يعني أن الخطاب المعمل به عند القضاة هو أعلم بما اتصل به من تسمية المعلم وتعيين المعلم أو اقتضائه له على الإطلاق، وبما يماثل هذا اللفظ لو وقع عليه الاصطلاح، إذ ليس لفظة أعلم بخصوصها بواجبة الوجوب الذي لو تعدى لبطل العقد، وإنما تعينت لوقوع اختيار القضاة عليها لاستيفائها المعنى المقصود في الوضع، ولو وقع الاصطلاح مثلاً بسواها لما كان مانعاً من ذلك، ولما تقرر الاصطلاح بالإعلام لزم

فلو لم يكتب القاضي خطاباً يصريح فيه بالإعلام بصحة الحقّ عنده، واقتصر على أن كتب صحّ الرسم عندي أو ثبت أو استقل وكتبه فلان بن فلان فذلك لغو غير جائز قبوله بمجرد الخطّ، قال ذلك ابن المناصف ا هـ. كلام الشارح وقد جرت العادة أن لا يكتب القاضي اسمه المكتى عنه بلغظ الخطاب بفلان بالكتابة المعهودة التي يقرؤها كلّ واحد بل يكتب بتخليط وتسمية ويسمّي العلامة، وذلك والله أعلم لثلا يزور ويخاطب غير القاضي على لسانه، وكذلك الاصطلاح في وضع الشاهد اسمه في العقد لثلا يكتب اسمه غيره فينسب إليه ما لم يشهد به، ومما ينبغي للشاهد ويتأكد عليه أن يثبت على علامة واحدة ولا ينوعها فيقع الالتباس في شهادته، ولما ذكر الناظم أن الخطاب يكون بأعلم وبمثله ممّا يؤدي معناه خاف أن يتوهم أن لفظ اكتفى ونحوه واستقل وصحّ وثبت تكفي في الخطاب بها أيضاً، فرفع هذا الوهم أيضاً بقوله: «وليس يغني كتب قاضي كاكفى» البيت. فالكاف الداخلة على اكتفى أيضاً اسم بمعنى مثل مفعول كتب، وكتب فاعل يغني وهو مصدر مضاف للفاعل وهو قاضي وكمل بالمفعول وهو الكاف أي يمثل اكتفى وصحّ ونحوهما، وليس هنا حرف بمعنى لا النافية وعن الخطاب يتعلّق بيغني أي: لا يغني عن الخطاب ولا يكفي عنه المخاطبة بمثل اكتفى ونحوها، ولما نفى الاكتفاء به في الخطاب أراد أن يثبت على ما يفيد وما يفهم منه، فأفاده بقوله: «والمزيد قد كفى أي إنّما يكفي اكتفى وثبت ونحوهما عن زيادة الشهود فقط، ولا يكفي عن الخطاب. قال الشارح: ما جرى به عرف بلدنا الأندلسية من كتبهم اكتفى فيه إشعار بأنّ المشهود له لا يطلب بعد ذلك بشهود زيادة على ما حصل في العقد، وأنّ اللفظ لا يغني عن الخطاب، وإنّما يكفي المشهود له عن زيادة الشهود، وبدل على أنّ الرسم قد استقل عند القاضي ا هـ. فقوله: «والمزيد منصوب على إسقاط الخافض أي كفى لفظ اكتفى، وما أشبهه عن زيادة الشهود على ما حصل في العقد لا عن الخطاب فلا يكفي عنه فالمزيد بمعنى المصدر أي الزيادة، ولما ذكر أنّ اكتفى وشبهه لا يكفي عن الخطاب بين ما يكون به الخطاب موجّهاً له بقوله: «وإنّما الخطاب مثل أعلم البيت وقد تقدّم بيانه وإطلاق الناظم في أعمال الخطاب بما ذكر يقتضي أنّه عام في جميع الأمور من الحقوق المالية والبدنية وهو كذلك قال الشارح: وتقيد العمل باليوم يؤذن أنّه كان قبل ذلك بخلافه، وهو صحيح، فقد كان العمل حيث حدث الضرب على الخطوط باستصحاب شاهدي عدل كتاب القاضي إلى المكتوب إليه بعد أن كان العمل قبل ذلك بالاكتهاف بالكتاب المختوم، وكان العمل الآن بالاكتهاف بالخطاب دون الشاهدين عليه عاد إلى ما كان عليه قديماً من الاكتفاء بالكتاب المختوم وذلك؛ لضرورة فقد العدول في أكثر المواضع من ندور أحكام الضرب على الخطّ فاستحسن الرجوع إلى العمل القديم. قال في المقرب قلت له: فالقاضي إذا كتب إلى القاضي بشهادة شهود شهدوا عنده وعدلوا وكانوا قد شهدوا على رجل بعينه بعد أو قصاصي أو غير ذلك أيقبل القاضي الذي جاءه الكتاب البيّنة التي في الكتاب، ويقضي بها؟ قال نعم ا هـ. تنبيه: قال في تكميل التقيد فائدتان الأولى: في قول القاضي ثبت عندي ثلاث نكت: أولاً: أنّه ليس بخطاب كما تقدّم لابن المناصف وثانيها: هو حكم أم لا وفيه صنف الإمام الرّكزي وثالثها: هل يقبل ذلك منه وإن لم يسمّ البيّنة أم لا؟.

قال المازري: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول علمت فيما لا علم له به وعلى هذا التعليل لا يقبل قوله: ثبت عندي كذا إلا أن يسمي البيعة وقد ركب ذلك ابن القصار وقال: لا يقبل حتى يسمي البيعة وكذا قال ابن الجلاب ثم قال الفائدة الثانية ظاهر كلام ابن المناصف أن ثبت واكتفى وصح واستقل كالترادفة وذكر عن أبي عبد الله بن راشد أنه كان يخص استقل بالعدل، واكتفى بإثبات الأماك وثبت عما عداهما، وعن العقباتي: استقل للمبرزين وثبت لمن يقاربهم، واكتفى لمن دون ذلك أهد. ونحوه في شرح البرتاسي عن العقباتي أيضاً ونصه: جرى العمل في زماننا هذا في تلمسان وما بعدها من مدن المغرب بتصريح الخطاب بالإعلام بالاستقلال فيما ثبت من الرسوم بشهادة المبرزين من العدل، وبالتبوت فيما ثبت دونهم، وبالاكتفاء بالأدنى، فهي ثلاث مراتب، وأما بالجزائر وما والاها فالخطاب عندهم بالتبوت والاكتفاء فقط. هـ. تنبيه: هذا ما يكتبه القاضي الذي يخاطب قاضياً آخر وأما المخاطب بالفتح وهو الذي ورد عليه الخطاب فإنه إن كان معيّنًا في الخطاب باسمه وقّع تحت أعملته، وإن كان الخطاب لا تعيين فيه أو عين فمات أو عزل وقّع من خلفه قبلت، وهو اصطلاح لا غير والله أعلم.

وإن يمت مخاطبٌ أو عزلاً ردّ خطابه سوى ما سجّلاً
واعتمد القبول بعض من قضى ومعلمٌ يخلفه والي القضا
والحكم العدل على قضائه خطابه لا بدّ من إمضائه

تعرّض في الآيات لما إذا خاطب قاضٍ قاضياً آخر فمات أحدهما أو عزل، فأخبر أنه إذا مات القاضي المخاطب بالكسر، أو عزل فقد اختلف هل يعتمد خطابه ويعمل عليه أو لا؟ فمنهم من ردّ خطابه ولم يعتمد ومنهم من قبله واعتمد عليه، وإلى هذين القولين أشار بقوله ردّ خطابه ثم قال: واعتمد القبول بعض من قضى أي بعض القضاة. وهذا الخلاف إذا لم يسجل الحكم، وأما إن سجّله وأشهد على نفسه عدلين أنه حكم به وأنفذه فإنه يعمل عليه اتفاقاً سواء بقي على قضائه أو مات أو عزل وعلى ذلك نه بقوله: سوى ما سجّلاً فإن قلت: كلامنا في خطاب القاضي بما ثبت عنده لقاضي بلد المدعى عليه فيكون الحكم والتنفيذ في بلد المحكوم عليه فكيف يسجل المخاطب الحكم ويتفقه؟ وإنما ينفذه القاضي المنهي إليه المخاطب بالفتح. قلت: يتصور ذلك حيث يكون المتنازع فيه ديناً في الذمة، فكان المحكوم عليه مع طالبه في بلد الطالب، فينفذ قاضيهما الحكم عليه عملاً بقوله: «قبل» حيث يلقيه بما في الذمة يطلبه»، ثم يكتب لقاضي بلد المطلوب بما حكم به وأمضاه ليكن الطالب من مال المطلوب إن لم يكن له مال في بلد الحكم والله أعلم. ثم أخبر أنه إذا مات القاضي المكتوب إليه المخاطب بالفتح أو عزل فإن من ولي القضاء بعده يخلفه ويتزكّه منزله في إنفاذ ما طلب به سواء كان معيّنًا مسمّى في الخطاب أو غير معيّن، وإلى ذلك أشار بقوله: «ومعلمٌ يخلفه والي القضا» فمعلم بفتح اللام اسم مفعول من أعلم، ثم صرح بمفهوم قوله: وإن يمت مخاطبٌ أو عزلاً فأخبر أن القاضي المخاطب لغيره من القضاة إذا لم

يظراً عليه موتٌ ولا عزل - فإنَّ خطابه ماضي غير مردود. قال في المدونة: فإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل، ووصل الكتاب إلى من ولي بعده أفذه من وصل إليه، وإن كان إنما كتب إلى غيره وفي آخر كتاب الرِّجْم منها، وكذلك إن مات القاضي المكتوب أو عزل أ هـ. أي فإن وصل إليه ينقذه فالمسألة الأولى هي قوله ومعلم يخلفه والي القضاء، والتي في آخر كتاب الرِّجْم هي قوله في مسألة موت القاضي الكاتب: واعتمد القبول بعض من قضى. قال الشَّارح: وفي المدونة وغيرها إن مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البيئات وعدالتها: لم ينظر فيها من ولي بعده ولم يجزه إلا أن تقوم عليه بيَّة، وإن قال المعزول: قد شهدت به البيَّة عندي لم يقبل قوله ولا يكون شاهداً بذلك وإلى هذا القول أشار بقوله ردَّ خطابه والله أعلم. وأشار بقوله سوى ما سجلاً إلى ما في سماع ابن القاسم وبه العمل قال: إشهاد الحاكم بحكمه يوجب حقاً للمحكوم له، ولو مات القاضي أو عزل أو مات المحكوم له أو عليه قبل حوز المحكوم له بما حكم له به، قال ابن رشد: اتفاقاً أ هـ. ولفظ مخاطب في البيت الأوَّل بكسر الطاء وفاعل سجلاً يعود على المخاطب، والقبول مفعول اعتمد وبعض فاعله ومعلم بفتح اللام اسم مفعول، والحكم بفتحين واحترز بالعدل من غيره فإنَّ خطابه لا يقبل. قال في التَّوَارِد عن المجموعَة: إن ثبت عند المكتوب إليه أن من كتب إليه مستحق للقضاء في فهمه ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابته. قال ابن سحون عن أبيه عن أشهب: وإن كان غير عدل لم يقبله، ولو كتب إليه العدل أن ابني ثبت له عندي بيَّة كذا لم يقبله، وكان كالشَّاهد له فإن أجازه لم يفسخه من ولي بعده.

وفي الأداء عند قاضي حلّ في غير محلّ حكمه الخلف اقتضي ومنعه فيه الخطاب المرتضى ومسوخ التعريف بعض من مضى

ذكر في هذين البستين ثلاث مسائل متناسبة المعنى، وهي إذا حلّ القاضي بغير محلّ ولايته هل له أن يسمع هنالك بيَّة شاهدة بحق لمن يكون في ولايته وتؤدّى شهادتها عنده هنالك أو لا؟ وهل له أن يخاطب رسماً ثبت عنده بموضع ولايته ولم يخاطبه هنالك واقتصر إلى خطابه هنا أو لا؟ وهل له أن يعرف قاضي موضع حوله بما ثبت عنده من الرِّسْم على القول بمنع خطابه إياه؟ ونقل النَّاظِم الخلاف في المسائل الثلاث وأن المنع من الخطاب هو المرتضى قال الشَّارح وما ضمَّته الشَّيْخ في البستين هو مقتضى ما نقله ابن سهل في نوازله عن ابن الحكم إن حلّ قاضي محلّ بغير محلّ ولايته فليس له أن يسمع بيَّة على من في محله، ولا أن يشهد على كتابه بذلك إلى أحد، وله أن يسأل عن حال بيَّة شهدت عنده.

(وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب عن أصبغ) إن بعث الإمام القاضي لبعض الامصار في شيء من أمور العامة فحلّ به فله أن يسمع فيه بيَّة بحق على غائب في عمله،

قوله: (وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب إلخ) قال كاتبه: وفي أسئلة أبي عمران أن الحكم على من هو في غير عمل القاضي جائز إذا كان في موضع القاضي ما يحكم عليه فيه،

ويسأل من قام بها تعديلها، وله أن يسأل قاضي ذلك المصّر عنهم ويجتزئ به ما أخبره به من عدالتهم لأنّه من عمله، ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المصّر للمخاصمة عنده وما يختصمان فيه في بلد القاضي الغائب عن قطره لم ينظر بينهما إلا أن يتراضيا عليه كتراضيهما أن يحكم بينهما، وبعض جواب أصبغ خلاف ما تقدّم لابن عبد الحكم. وسألت ابن عثاب عن قاضي حلّ بغير بلده وقد ثبت عنده ببلده حقّ لرجل فطلب منه أن يخاطب به قاضي موضع المطلوب، قال: لا يجوز له ذلك فإن فعل بطل خطابه ثمّ قال: ولا يبعد أن ينفذ. قلت له: فإن كان الحقّ الثابت عنده ببلده على من هو بموضع احتلاله فأعلم قاضي الموضع بذلك مشافهة بما ثبت عنده أيكون كمخاطبته بذلك؟ قال: ليس مثله (قلت) ما يمنعه من إخباره به ويشهد عنده بذلك وينفذه كما يشهد بما يجري في مجلسه من إقرار وإنكار ويقضي به؟ قال: ليس مثله ولكن إن أشهد هذا القاضي المخبر بذلك شاهدين في منزله وشهدا بذلك عند قاضي الموضع نفذ وجاز، قال ابن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضي المحتلّ بذلك البلد وينفذه ويرونه كمخاطبته إيّاه. قال الشارح: فمعنى البيت الأوّل هو مقتضى ما لابن عبد الحكم وأصبغ، ومنع الخطاب هو مرضى ابن عثاب، والتعريف هو الذي أسند ابن سهل لفقهاء طليطلة وعلى ما ذهب إليه فقهاء طليطلة العمل عند قضاة الجماعة بالحضرة اهـ. فقول الناظم: في الأداء خير مقدّم وعند يتعلق بالأداء وجملة حلّ صفة لقاضي والخلف مبتدأ واقتضى صفة. الخلف ومنعه مبتدأ. والخطاب مفعول منع من مفهوم قوله المرتضى. وقوله: بعض من مضى يفهم الخلاف في الفرع الثاني والثالث، وقوله: وليس يغني البيتين تقدّم شرحهما إثر قوله: والعمل اليوم على قبول ما البيت، وتقدّم أنّ ذلك المحلّ أنسب لهما والله أعلم.

ويثبت القاضي على المحو وما أشبهه الرّسم على ما سلّمنا

يعني أنّ الرّسم إذا كان به محو أو قطع أو حرق نار ونحو ذلك طلب من القاضي تصحيحه أو الخطاب به إلى غيره من قضاة فإنّه إنّما يصحّح ويخاطب بما سلّم من فصول لا على جميعه. قال الشارح: وينصّ في كتابه على منتهى ما ابتدئ به المحو أو البشر ومبتدأ ما انتهى إليه اهـ أي الكلمة التي قبل ابتداء المحو والتي بعد انتهائه فقوله: ويثبت القاضي فعل وفاعل والرّسم مفعول وعلى المحو يتعلّق بمحذوف صفة للرّسم أي: الرّسم المشتمل على المحو، وما أشبه المحو من قطع وغيره، وعلى ما سلّم يدلّ من الرّسم يدلّ بعض من كل، أي على ما سلّم منه.

فرع: قال في الطرر: فإن وقع في الوثيقة محو أو بشر أو ضرب في مواضع العدد مثل عدد الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة سئل البيّنة، فإن حفظت الشيء بعينه الذي وقع فيه

لأنه إنّما حكم في شيء تحت حكمه وفي بلده الذي ولي النظر فيه، وإنما لا يجوز حكمه على غائب لا مال له ببلد الحاكم اهـ. انظر المتطلي. وما ذكره هنا قد فوّتنا استوفينا في الشرح.

ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضت، وإن لم يحفظوا مثلت عن البشر فإن حفظوه مضت أيضاً وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة، وإن كان ذلك في غير مواضع العقد لم يضر الوثيقة ولم يوهنها، وإن لم يعتذر عنه هـ. من الباب الثامن من الفائق للونشريسي

وعندما ينفذ حكمٌ وطلب تسجيله فإنه أمرٌ يجب وما على القاضي جناحٌ لا ولا من حرجٍ إن ابتداءً فعلاً

يعني أن القاضي إذا حكم على الخصم وطلب أحد الخصمين من القاضي تسجيل الحكم أي كتبه في سجل، أي صك فإن ذلك يجب على القاضي لمن طلبه ليحصن به نفسه ما حكم له به لما فيه من دفع مفسدة تمهيد الخصومة وتعين المطلوب فيها بعد انقضاء النزاع باستئناف مرة أخرى، فإن فعله القاضي لنفسه من غير أن يطلب به جاز. قال في الوثائق المجموعة: وإن طلب القائم أن يسجل له القاضي بما أثبتته من ملكه للعقار الذي كان بيد المقوم عليه، وكان القاضي قد أعلن إلى المقوم عليه في الشهود الذين ثبتت عنده ذلك بشهادتهم وعجز عن المدفع فإنه يسجل له هـ. باختصار واقتصار على محلّ الحجة.

وساغ مع سؤاله تسجيل ما لم يقع النزاع فيه كلاً ما

يعني أنه يجوز للقاضي تسجيل ما لم يقع فيه النزاع إذا مثل ذلك منه على وجه التحصين له والاستعداد به، وذلك مثل رسوم الاحباس التي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم وغير ذلك مما يثبت عند القاضي، ولم يقع فيه خصام. قال الجزيري في وثائقه: وإذا مثل القاضي لإثبات ما لا خصومة فيه والتسجيل، فإن شاء أجاب وإن شاء لم يجب هـ. وتسجيل فاعل ساغ ومع يتعلق به أو محذوف خال، تسجيل.

وسائل التعجيز ممن قد مضى يمضي له في كل شيء بالقضاء

إلا ادعاء حبس أو طلاق أو نسب أو دم أو عتاق

ثم على ذا القول ليس يلتفت لما يقال بعد تعجيز ثبت

يعني أن المقتضي له إذا سأل من القاضي تعجيز المقتضي عليه فإن ذلك له، ويمضي عليه حكم التعجيز في كل شيء يقع فيه التحاكم بين يدي القاضي، ولا يخرج من ذلك إلا ما استثناه النظم من الحبس والطلاق والنسب والدم والعتاق فلذا عجز المقتضي عليه فلا يلتفت بعد ذلك لما يأتي به من بيّة على صحة دعواه، ولا ينظر له إلا في تلك الأمور المستثناة دون غيرها. قال ابن سهل: وإذا انقضت الأجال والتلوم ولم يأت الموجل له بشيء يوجب نظراً عجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجل وقطع بذلك شعبة عن خصمه في ذلك المطلوب، ثم لا تسمع بعد ذلك حجة إن أتى بمكان هنا الموجل العاجز طالباً أو مطلوباً إلا في ثلاثة أشياء: العتق والطلاق والنسب. قال ابن سهل ويشبه ذلك الحبس وطريق العامة وشبه ذلك من منافعهم، وليس عجز طالبه يوجب منعه ومنع غيره من النظر له إن أتى

بوجه. وفي طرر ابن عات: زيادة الدّم على المستثنيات المذكورة كما عند النّاظم.

(والفرق بين الإعذار والتّعجيز) أنّ الإعذار سؤال الحاكم المشهود عليه أقيت لك حجة؟ فإن قال: لا أو بقيت وأنظره لها، فإن لم يأت بشيء أشهد عليه أنّه لم يبق له حجة في الوجه الأول وأنّه لم يأت بشيء في الوجه الثاني، وذلك هو التّعجيز اهـ. وفي التوضيح ما ذكره أي ابن الحاجب من أنّه إذا ذكر أنّ له حجة وتبين لديه يقضي القاضي عليه هو التّعجيز اهـ.

تنبيه: قال في التّصرة ولم تجر عادة الموثّقين بإفراد عقد التّعجيز، وإنّما يضمّنونه عقد السّجلات فنقول: أشهد القاضي فلان أنّ فلاناً قام عنده وادّعى على فلان كذا وانكر المدّعى عليه ذلك، فكلّف القائم الإثبات وأجله أجلاً بعد أجل ثمّ تلوم له فلم يأت بشيء فسأل المدّعى عليه تعجيزه وقطع دعواه عنه، فأجابه القاضي إلى ذلك وسأل الحاكم المدّعي أقيت لك حجة؟ فقال: لا فاستبان له عجزه فعجزه وقطع عن المدّعى عليه طلبه وتعيّنته، وسجّل بذلك وأشهد به على نفسه في تاريخ كذا اهـ. ببعض اختصار. فرع: فإن حكم على القائم بإسقاط دعواه حين لم يجد بيّنة من غير صدور تعجيز ثمّ وجد بيّنة فله القيام بها ويجب القضاء له.

تنبيه: ما تقدّم من أنّ المعجز إذا أتى بيّنة لم تسمع هو أحد أقوال ثلاثة: وثانيها: أنّها تسمع، وثالثها: أنّ ذلك يقبل من الطالب دون المطلوب، وهذا الخلاف إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأمّا إذا عجزه بالتلوم والإعذار وهو يدّعي أنّ له حجة، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك، وأشار بقوله: ثمّ على ذا القول إلى. إذا قيل بإمكان التّعجيز في كل شيء فلا يلتفت إلى ما يأتي به فمفهومه أنّه على القول بعدم تعجيزه أنّه ينظر لما يأتي به ويعمل عليه والله أعلم.

قوله: (والفرق بين الإعذار والتّعجيز إلخ) بل الفرق بين هذين أن الأعذار هو قول القاضي للخصم: أقيت لك حجة فإذا لم يأت بحجة فلا يقبل ما أتى به إلاّ لعذر كسبان، والتّعجيز هو جعل القاضي الخصم عاجزاً بعد الإعذار إليه، ولا يقبل منه بعد ذلك ما أتى به ولو لوجه على ما به العمل إلاّ في الحبس. وما ذكر بعده وقد وقع لبعض تخطيط في المسألة، وتقدم كلام في هذا وكلام التوضيح فيه لإيهام، فانظر كلامنا على المسألة عند قول المتن وإعذر بأقيت لك حجة، وما ذكرناه على قول المتن في تنازع الزوجين، ثمّ لم تسمع بيّنته إن عجزه قاض مدعي حجة إلخ، وقد قال اللقائي في حواشي التوضيح ما نصّه: اعلم أنّ التّعجيز هو الحكم بالعجز وانقطاع الحجة، وأنّه لا يقبل منه بعد ذلك حجة، فجعل التّعجيز هو قضاء القاضي بالحق أو الإبراء تسامح هذا لفظه وهذا هو الحق في التّعجيز، وكثير خلط ما يترتب على الإعذار بما يترتب على التّعجيز، وكذا خلط حقيقة هذا بحقيقة هذا.

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

الشهود جمع شاهد، وأنواع الشهادة على ما ذكره النّظام في الفصل الآتي خمسة، والشهادة والرؤية خبران غير أنّ المخبر عنه إن كان عاماً لا يختص بمعين، فهو الرواية كقوله عليه الصلاة والسلام: «الأعمال بالنيّات»^(١٦) وغير ذلك، فإنّ ذلك لا يختص بشخص معين بل هو عامٌّ في كلّ الخلق، بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دينار، فإنّه إلزام للمعين لا يتعداه والأوّل هو الرواية، والثاني هو الشهادة قاله القرافي، ثمّ أورد سؤالاً قائلاً ما قرّرناه من أنّ الشهادة تتعلق بجزئيّ منقوض بأنّها قد تتعلق بكليّ كالشهادة على الفقراء في الوقف، وكذلك الرواية قد تتعلق بجزئيّ كالإخبار عن النجاسة في الثوب والماء المعينين. (وأجاب) عن الأوّل بأنّ العموم في الشهادة بالعرض، والمقصود الأوّل إنّما هو الجزئيّ لأنّ المقصود بالوقوف إنّما هو الواقف لمتزج المال من يده، وكون الموقوف عليه غير معين لا يقدح، وعن الثاني الإخبار عن نجاسة الماء المعين إنّما هو باعتبار وصفه من حيث أنّه صفة كلية، لا باعتبار ذاته المخصوصة، ولذلك كان كلّ ماءٍ مماثلٍ له في الصّفة التي حكم عليه بالنجاسة مماثلٌ له في الحكم بنجاسته.

وشاهد صفته الرعيّة تيقّظ عبداً حرّيه

ذكر في هذا البيت صفة الشاهد المقبول الشهادة إلّا أنّ بعضها مصرّح به وبعضها داخل فيه بالتضمّن. أولها: العدالة: ويأتي تفسيرها في البيتين بعد هذا. قال الشارح: وهي متضمّنة للإسلام الذي هو شرط في أدائها كقوله تعالى: «ممن ترضون من الشهداء» [البقرة: ٢٨٢] ويفهم منه أنّ من لا يرضى ليس أهلاً للشهادة. الثاني: التيقّظ: وهو الفطنة والتحرّز؛ لأنّه إن كان من أهل الغفلة أو البله لم يؤمن عليه التحيل من أهل الحيل فيشهد بالباطل. قال الشارح: واشتراط التيقّظ أخصّ من اشتراط التكليف المتضمّن للعقل والبلوغ فيستلزمهما حسب ما مرّ التنبيه على مثل ذلك في شروط القاضي؛ لأنّه إذا اشترط التيقّظ الذي لا يمكن أن يتصف به إلّا من حصل له مطلق وصف العقل لكون التيقّظ زيادةً عليه فأحرى أن تحصل مظنة العقل التي هي البلوغ، فكيف يتروّع الاكتفاء دون هذين الشرطين وقد اشترط ما لا يكون تاماً إلّا بعد حصولهما؟ وذلك ظاهر فاشتراط التيقّظ يتضمّن شرطي العقل والبلوغ واكتفائه به دونهما. الثالث: الحرّيّة: وهي شرط في الشاهد أيضاً؛ لأنّ قدر المناصب الدينية من القضاء، والشهادة، وأمثالهما لا تليق بذوي الرّق. قال الشارح: «لكونه بقيةً من البقايا اللاحقة من شؤون الكفر (أو سوى ذلك ممّا علّل به) قال ابن عرفة: «والحرّيّة

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

قوله: (أو سوى ذلك ممّا علّل به إلخ) قال الباجي في متقاه: وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن

(١٦) [إحدى صحيح]: أخرجه البخاري (١، ٥٤)، ومسلم (١٩٠٧)، وأبو داود (٢٢٠١)، والترمذي (١٦٤٧)، والنسائي (٣٤٣٧، ٧٥)، وابن ماجه (٤٢٢٧).

شرطاً اتفاقاً قال الشارح ما معناه: إن حمل كلام الشيخ على المتصّب للشهادة حسبما سبق به الاعتذار في شرط التيقّظ فهنا اشتراط الذكورية لذلك؟ والجواب أنّه اكتفى بالإتيان في لفظ الشاهد بصيغة التذكير عن اشتراط الذكورية، أو أنّ الذكورية غير مشترطة في الشاهد في الإطلاق، وإنما هي في أحكام خاصة.

(فإن قيل: شرط عدم الولاية) في المال اختلف فيه وهل هو معتبر عند الشيخ فنقصه من النظم فلم يذكره أو غير معتبر فسكت عنه قصداً؟ فالجواب: أنّ الظاهر أنّه لم يعتبره وكأنه اعتمد على مقتضى قول ابن القاسم من أنّه لا يعتبر في حال الحجر إلّا ما في نفس الأمر، فمن كان جاري التصرف على الرشد فأفعاله جائزة نافذة عنده وإن كانت عليه ولاية، ومن كان بعكس ذلك فأفعاله كلّها عنده مردودة وإن كان لا ولاية عليه، وأمّا على مقتضى قول مالك في اعتبار الولاية في المال إذا وجدت، وعدم اعتبارها إذا لم توجد، فلا بدّ من اعتبار هذا الشرط، ويكون قد نقصه الشيخ - رحمه الله - ولا اعتذار عن نقصه على هذا القول إلّا مسامحة قصد الاختصار في عدم الاستيفاء، باختصار ويعضه بالمعنى.

(والعدل من يجتنب الكبائر) ويتّقي في الغالب الصغائر

(ومما أبيح) وهو في العيان يقدح في مروءة الإنسان

قال شهادة العبد مقبولة؛ لأن الرق نقص يمنع الميراث ففي الشهادة كالكفر اهـ. بلفظه. وفي المعونة وابن يونس: وإنما لم تجز شهادة العبد لقوله تعالى: ﴿وَالشَّاهِدَاتُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية إلى آخر ما ذكره هنا من العلل.

قوله: (فإن قيل شرط علم الولاية إلخ) قال في المختصر: العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر إلخ، فمرّ على أن السفه بلا حجر تجوز شهادته، لكن مذهب المدونة هو عدم الجواز وبيننا ذلك في الشرح، والعلة نقص العقل بدليل عدم حفظ ماله فأحرى أن لا يحترق في الشهادة.

وقول الناظم: (والعدل من يجتنب الكبائر إلخ) ظاهره أنّه مهما فعل كبيرة سقطت عدالته ولو ظهرت توبته منها وهو ظاهر في كلام من شرح ذلك، وفي المختصر مفسراً لما قبله لم يباشر كبيرة أو كثيرة كذب، أو صغيرة خسة أو سفاهة ولعب نرد إلخ، وهذا ما لم يتب من فعل الكبيرة وتظهر القرآن الدالة على صحة توبته، وبدل لذلك قوله: ورواى المدونة والفسق بما يغلب على الظن. وقول الناظم أيضاً: (ومما أبيح إلخ) جعل الأمور التي تنافي المروءة مباحة مع أن فعلها يبطل الشهادة، والإنسان لا يحل له أن يتسبب فيما يبطل شهادته، لأن الإنسان لا يخلو من تحمل شهادته لغيره مع أن فعل ذلك تردّ به شهادته وفي ذلك تضييع حقوق. وفي نوازل الأقضية من المعيار عن الشاطبي ما نصه: لأن الانصاف بالمرءة مطلوب كما أن الانصاف بخلافها منهي عنه، وإن ظهر يبديء الرأي أنّه مباح كما قالوا في الأكل في الأسواق لمن لا يليق به والاجتماع مع الأراذل والتجرف بالحرف الدنية التي لا تليق بمنصب المتلبس بها ولا ضرورة تدعو إلى ذلك، فهذا وإن قيل في الأصل فالتحقيق أنّه منهي عنه إما كراهة أو منعاً بحسب حال التصف والتصف به ووقت الانصاف إلى غير ذلك ممّا يلاحظ للجهت اهـ. المقصود منه بلفظ، والطلب يحتمل التنب أو الوجوب وكلاهما ينافي بالإحالة في اصطلاح المتأخرين والنهي يحتمل الكراهة والمنع. قال كاتبه

لما ذكر صفة الشاهد وكانت العدالة من جملتها بينها في هذين البيتين، فأخبر أنّ العدل هو الذي يجتنب الذنوب الكبائر دائماً، كالشرب والسرقة ونحوهما، ويتقي أيضاً الذنوب الصغائر في غالب أحواله، ويتقي أيضاً الأمر المباح الذي يقدر في المروءة: كالإكل في السوق، والمشي حافياً في بلد لا يفعلون ذلك، وإنّما قال ويتقي في الغالب؛ لأنّ النادر لا يعتد به ولا يسلم منه إلا من عصمه الله تعالى، ولذلك قال مالك: «من الرجال رجال لا تذكر عيوبهم» قال ابن يونس: «إذا كان عيبه خفيفاً والأمر كله حسن فلا يذكر اليسير الذي ليس بمعصوم منه أحد في الصلاح، وقد حدّ بعضهم العدالة بقوله: هي اجتناب الكبائر، وتوقّي الصغائر، وحفظ المروءة وقيد الشيخ خليل الصغائر بصغائر الحسة قالوا: كتظنيف حبة، أو سرقة لقمة، وأمّا غيرها كالنظر لأجنبية فلا تقدح، وفي تقسيم الذنوب إلى كبائر وصغائر خلافاً انظر الدر الثمين في شرح المرشد المعين.

فالعدل ذو التبريز ليس يقدر فيه سوى عداوة تستوضح
بغير ذي التبريز قد يجرح بغيرها من كلّ ما يستقبح

ذكر في البيتين ما لا يجرح به الشاهد وما يجرح به، (وحاصله أنّ العدل مبرّر وغير مبرّر) فالمبرر لا يقدر فيه ولا يجرح إلا بالعداوة يعني: والقرابة، وأمّا غيره فيقدر فيه ويجرح بالعداوة والقرابة وغيرهما، من كلّ قبيح. قال اللّخمي: يسمع الجرح في الرجل المتوسط في العدالة مطلقاً، ويسمع في المبرر والمعروف بالعدل والصلاح إذا طلب، ذلك المشهور عليه من باب العداوة، أو الهجرة أو القرابة وما أشبه ذلك، واختلف هل يقبل فيه الجرح من وجه الإسفاه؟ فمنعه أصبغ، وأجازه سحنون اهـ وفي المختصر وقدر في المتوسط بكلّ وفي المبرر بعداوة، أو قرابة وإنّ بدونهما كغيرهما على المختار، والمبرر بكسر الراء المشددة اسم فاعل من برّ بالتشديد إذا فاق أصحابه، وكذلك الفرس إذا سبق، قال في القاموس: رجل برز وبرزي عفيف موثوق بعقله ورأيه، وقد برز ككرم، وبرز تبريزاً فاق أصحابه فضلاً أو شجاعة، والفرس عن الخيل سبقها وراكبه نجّاه. اهـ (وفي المعيار) عن

عفا الله عنه. والحق أن ارتكاب ما ينافي المروءة حرام باعتبار ما يعرض لما تقدم من بطلان شهادته والظعن عليه بسبب ارتكاب ذلك، وفي ذلك هتك لعرضه وإيقاع الناس في المعاصي بالكلام فيه، مع أن الاجتماع مع الأذال لا يخلو من سماع ما لا يحل أو رؤيته، ولذلك سقط به إتيان الدعوة الواجبة في النكاح إلى غير ذلك ممّا نقلناه في شرحنا، ولكن قول من قال هذا مباح مراده باعتبار الأصل، ومن قال منهي عنه باعتبار ما يعرض له، ويدل لذلك قول الشاطبي: وإن قيل مباح في الأصل فقد رمز للجواب وأعرب عن ذلك أي إعراب.

قوله: (وحاصله أنّ العدل مبرر وغير مبرر) قال في المختصر: وقدر في المتوسط بكلّ، وفي المبرر بعداوة وقرابة كغيرهما على المختار تشبيه تام فصحح بمن دونه وبالإسفاه، ولكن المشهور أن المبرر لا يجرح إلا بالعداوة، وقد بينّا هذا في شرحنا بكلام الناس وهذا الجامع لأكثر ممّا في هذا

التبهيّات: هو بكسر الراء المشددة أي: ظاهر العدالة سابقاً غيره متقدماً فيها، وأصله: من تبريز الخيل في السبق وتقدم سابقها وهو المبرز لظهوره وبروزه أمامها. ١ هـ. قال غيره هو اسم فاعل من برز مشدّد الراء وأصله برز خفيفة بمعنى خرج إلى البراز بفتح الراء وهو الفضاء المتسع من الأرض وضوئف كثيراً. ١ هـ. قال في المعيار وعوام الوقت، بعض الطلبة يظنون أن المبرز في العدالة من تصدّى ويرز بإذن الأمير، أو القاضي لتحمل الشهادة وبيعها في الأسواق، وليس كما ظنوا وكان بعض الشيوخ يمثل المبرز بالشّيخ أبي محمد صالح ونظرائه وما أقلّ هذا الوصف في هذا الزمان المسكين بل كاد أن يعدم بالكلية، وكنت وقتئذٍ على بعض أجوبة شيخنا الإمام أبي عبد الله محمد بن العباس - نعمة الله برحمته - وهو يقول فيه: «والتبريز في زماننا معدوم كانهما يبيض الأنواق» قال الشيخ أبو عبد الله محمد بن قاسم الفوري: «والمبرز في العدالة المنقطع في الخير والصلاح وأين هو اليوم؟ إنما هو في وقتنا كالغراب الأعصم بين الغربان» قال صاحب المعيار: قلت: أما عدم هذا الوصف وهو التبريز في العدالة، أو عزته في المتصين في الشهادة ثم أدرتنا من عدول المغرب الأوسط والأقصى فغير بعيد، وأما عدمه أو عزته في المتصين وغيرهم فغير مسلم، وقد شاهدنا منهم والحمد لله عدداً كثيراً، وكتب مسلماً عليكم عبد الله أحمد بن يحيى بن محمد بن عليّ الونشريسي - وفقه الله - ١ هـ. وذلك بعد نحو ثماني عشرة ورقة من نوازل الهيات، والصدقات قلت: وعلى ما ذكر مما يعتقده عوام الوقت، وبعض الطلبة يقرأ بفتح الراء اسم مفعول والله أعلم.

(ومن عليه وسم خير قد ظهر) ركي إلا في ضرورة السفر

ومن بعكس حاله فلا غنى عن أن يزكي والذي قد أعلننا

بحالة الجرح فليس تقبل له شهادة ولا يعمل

وإن يكن مجهول حال ركي وشبهة توجب فيما ادعى

حصر في هذه الأبيات أحوال الشاهد غير المعروف بالعدالة باعتبار افتقاره للتركية، وعدم افتقاره، فأخبر بأن من شهد في أمر من الأمور فلا يخلو حاله من أربعة أوجه: إما أن يظهر علامة الخير عليه، أو علامة الشر، أو يعلن بالشر، أو مجهول حاله فإن كان ممن ظهر عليه علامة الخير، والدين، فإن شهادته لا تقبل إلا إذا ركي بأن يشهد له اثنان فأكثر بأنه عدل رضا ممن تقبل شهادته إلا في السفر، أعني: شهادة أهل القافلة بعضهم بعض عند حاكم أهل القرية، أو البلدة التي حلوا أو مروا بها، فإن مالكا وجميع أصحابه أجازوا شهادتهم بعضهم بعض وإن لم يعرفوا بعدالة ولا سخطه. وإلى ذلك أشار بقوله: إلا في ضرورة السفر وقد تقدمت هذه المسألة قبل فصل خطاب القضاة، وإن ظهرت عليه علامة الشر ولم تتحقق عليه فلا تقبل شهادته حتى يزكي، وإليه أشار بقوله: ومن بعكس حاله فلا غنى من أن يزكي والذي قد أعلننا وإن كان معلناً بالشر وما لا يليق فلا تقبل شهادته ولا يصح تعديله؛ لأن حاله التي أعلن بها مكذبة لمن يزيد تعديله، وإليه أشار بقوله: والذي

الشارح فلذلك كتبناه. وقول الناظم: (ومن عليه وسم خير قد ظهر إلخ) تقدم الكلام عليه قبل فصل خطاب القضاة فانظره هناك.

قد أعلنا بحالة الجرح فليس تقبل له شهادة ولا يعدك وإن كان مجهول الحال، فلم يظهر عليه وسم خير ولا شر فلا بد من تركيته، ومع ذلك فلا تعمل شهادته كمن ظهرت عليه علامة الشر، بل لها مزية وهي أن شهادته توجب شبهة في المدعى فيه قبل تركيته إلى أن تثبت التزكية، فيترتب الحكم على الشهادة، أو يعجز عن التزكية فتضمحل الشبهة المترتبة على الشهادة. قال الشارح: «وإذا أوجبت شهادة المجهول الحال شبهة في المدعى فيه فأحرى أن توجبها شهادة من ظهرت عليه سمة الخير» وفي العتبة سئل ابن القاسم عن الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا بحال فأسلة وهو عن يشهد الصلاة في المساجد ولا يعرفه بأمر قبيح أن يحجز شهادة أم لا؟ فقال: «لا ينبغي له أن يقبل إلا عدلاً ثابت العدالة» قال ابن رشد: هذا قول جمهور أهل العلم ومذهب مالك وجميع أصحابه لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرْضَوْهُمْ مِنْ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إذ لا يرضى إلا من تعرف عدلته، قال: وقد أجاز ابن حبيب شهادة من ظاهره العدالة بالتوسم فيما يقع في الأسفار بين المسافرين من المعاملات، والتجارات، والأكرية بينهم وبين المكارين مراعاة لقول الحسن واليث بن سعد. وقال المتطي: وأما الشاهد الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرح فلا تجوز شهادته في موضع من المواضع دون تركيته، إلا أن شهادته شبهة في بعض المواضع، وعند بعض العلماء فتوجب اليقين، وتوجب القسامة، وتوجب الحميل وتوقيف الشيء المدعى فيه. وقال ابن القاسم الجزيري في شهادة من تتوسم فيه الجرح: «أنها لا تقبل إلا بتزكية، ولا تكون شبهة توجب حكماً»، وقال المتطي: «لا يقبل القاضي فيمن علم جرحته تعديلاً فيمن شهد به» (وقال اللخمي): وأعلى منازل الشاهد أن الأمر فيه مشكل ومتردد بين العدالة وسقوطها، وقد شترطت العدالة فلا تجوز الشهادة مع الشك في وجود ذلك الشرط إلا من شهر اسمه بالصلاح والخير، وقد شهد فلا تطلب تركيته، ويحمل على ما عرف به حتى يثبت غير ذلك اهـ.

ومطلقاً معروف عين عدلاً والعكس حاضراً وإن غاب فلا

يعني أن الشاهد الذي يحتاج إلى التزكية لا يخلو إما أن يكون معروف العين فيعدك، سواء كان حاضراً بمجلس القاضي أو غائباً عنه، وعلى ذلك أنه بالإطلاق وإن كان معروف العين وهو المجهول العين وهو الذي عني بالعكس فلا يعدك إلا حاضراً على عينه، وأما مع غيبته فلا. قال الشارح: وهل يحمل قوله: «معروف عين» على من يعرفه الحاكم الذي يزكي بين يديه عينه، أو على ما هو أعلم من ذلك ممن عرف عينه الناس، سواء عرف الحاكم عينه أو لم يعرفه، (والظاهر أنه قصد الأول)، وعليه يدل قول ابن أبي زمنين في المنتخب قال: وفي المدونة قال سحنون: قلت لابن القاسم: أيزكي الشاهد وهو غائب عن

قوله: (والظاهر أنه قصد الأول إلخ) لا شك أن الأسماء تشترك والحق في المسألة هو قول ابن فتوح في الوثائق المجموعة ما نصه: والتعديل يكون إلا على العين إلا أن يكون المعدل مشهور العين في البلد الذي لا يشبهه بغيره في صفته واسمه فلا بأس بتعديل غائباً اهـ. بلفظ، إذ هذا

القاضي؟ قال: نعم قال محمد: وهذا في الرجل الذي يعرفه، وأمّا من لا يعرفه فلا تكون التزكية إلا على عينه وهذا من أصل قولهم، وعلى المحمل الثاني يدل ما نقله ابن يونس عن سحنون قال ابن عرفة: وفيها يزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي. الصقلي عن سحنون معناه إن كان مشهوراً، فأما غير المعروف فلا يزكى إلا بحضرته. عبد الحق: معناه إن كان غائباً عن مجلس القاضي وهو حاضر البلد أو قريب جداً ومن بعدت غيبته جازت تزكيته كما يقضى عليه ونحوه لأبي محمد يعني ابن أبي زيد.

وشاهد تعدّله باثنين كذلك تجريح مبرزين
والفحص من تلقاء قاضي قنما فيه بواحد في الأمرين معاً

يعني أن التعديل والتجريح للشاهد لا يثبت كل واحد منهما (إلا بعدلين) مبرزين قال الشارح: هذا هو الذي جرى به العمل ومضت به الأحكام، وإذا كان الفحص في ذلك من قبل القاضي فإنه يقع فيه بالواحد في الأمرين معاً، أعني في التجريح والتعديل.

أبين من الوجهين اللذين ساقهما الشارح وتبّه هذا الشارح فكان من حقهما نقل إذ هو المنجي مع الله تعالى إذ ما عداه ربما لا ينجي لكثرة اتفاق الأسماء، فإذا انتفى الالتباس بالغير تعين للعدل وذلك هو المطلوب فافهم.

قوله: (إلا بعدلين إلخ) ظاهره كظاهر النظم أن التجريح كالتعديل لا بد فيه من التعدد والتبريز ولا يجزئ ما دون ذلك. وصرح ابن النظم في الشرح بقوله: التعديل والتجريح للشهود لا يكون إلا بعدلين مبرزين في كل واحد من الوجهين، هذا هو الذي جرى به العمل ومضت عليه الأحكام إلخ. وقال ابن ناجي على الرسالة ما نصّه: لا يجوز تعديل النساء ولا تجريحهن، ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضا، ولا يقبل في ذلك ولا في التجريح واحد لأن التعديل والتجريح أمر ظاهر لا يخفى، فشهادة واحد في ذلك ريبة، وكذا العلم لا يثبت بالشاهد واليمين وعلمه ما ذكرناه، وذكر هذا أيضاً في شرحه على المدونة في كتاب القضاء منها، وفي ابن الفاكهاني شيء من هذا، بل قال ابن شاس في جواهره عن الأخوين ما نصّه: ينبغي للحاكم أن يستكثر من العدول ولا يكفي باثنين إلا في الفائقين في العدالة والعلم بالتعديل إلخ. وهو في ابن يونس وغيره. وذكر في المرح أيضاً لا بد أن يكون يميز العدالة أي ابن شاس، وفي الكافي عن ابن كنانة: لا يكون التعديل بأقل من ثلاثة إلخ. وفي الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد: ولا بأس أن يجرح في العداوة والمخصومة من لا تقبل شهادته إلا بتعديل، وكذلك أيضاً يجرح في البوائق والكبائر؛ لأنها إما تكون أكثر ما تكون في البائن وليس يعرف ذلك العدول ولأجل الناس، وإما شرطوا في المجرحين التبريز والعدالة والعلم إذا جرحوا مجملاً إلخ هذا لفظه. وقوله: إذا جرحوا إلخ وهو راجع لقوله والعلم فقط، ولكن هذا الأخير فيه خلاف قوي استوفيناه في الشرح ولم ننقله لطوله، وأحمد بن سعيد هو ابن الهندي ولكن في تنبيه الحكام ما نصّه: فرح: قال ابن عتاب: الذي أحاط به العلم وجرى به الحكم في التجريح بالعداوة وإما تكون بشهادة من يزكى. من الشهداء، ولا يشترط في ذلك أهل التبريز في العداوة، وإما يطلب التبريز في غير العداوة من وجوه التجريح ولا أعلم في ذلك خلافاً، وهذا منه بلفظه، وقد تحصل من

(ووجه ذلك خروجه) من باب الشهادة إلى باب الخبر ولا خفاء بأن الشهادة يشترط فيها التعدد مع العدالة وسائر ما يشترط في الشاهد، وأن للخبر غير مشترط فيه التعدد فاكتمل في كل ما مرجه إلى باب الخبر بواحد قال في المدونة: قال مالك: «ولا يقبل في التزكية أقل من رجلين وإن اقتضى القاضي رجلاً للكشف جاز أن يقبل منه ما نقل من التزكية عن رجلين لا أقل من ذلك»، وقال سحنون: «لا يجوز في التزكية في العلانية إلا للمبرر السافذ، الفطن الذي لا يخدع في علمه، ولا يستزل في رأيه» اهـ وفي كتاب ابن يونس قال ابن الماجشون: وكل ما يتدنى القاضي السؤال عنه والكشف من الأمور فله أن يقبل فيه قول الواحد، وما لم يتدنى هو وإنما يتدنى به إليه في ظاهره، أو باطن فلا بد من شاهدين فيه (وقال اللخمي): العدالة تثبت بشهادة رجلين إذا كان التعديل من القائم بالشهادة، واختلف إذا كان ذلك بمسألة من القاضي سأل من حضره، أو بمسألة من يكشفه سأل من حضره أو مضى إلى من يسأله فقبل لا يقبل أقل من رجلين؛ لأنها شهادة وقيل: واحد؛ لأنها من باب الخبر واستحسن اللخمي الأول. قال ابن رشد: السؤال عن الشهود في السر هو تعديل السر وهو مما ينبغي للقاضي أن يفعله ولا يكتفي بتعديل العلانية دونه، وله أن يكتفي بتعديل السر دون تعديل العلانية، وتعديل السر لا عذر فيه ويجزئ فيه الشاهد الواحد، وإن كان الاختيار اثنين بخلاف تعديل العلانية. ومبررين أحمره بعضهم صفة لاثنتين وفيه الفصل بين الصفة والموصوف بجمله كذلك تخرج.

ومن يزك فليسقل عدل رضا وبعضهم يجيز أن يعضا

هذا أن التجريح في العداوة لا يشترط في التبريز، وقد تبين أيضاً أن التعديل والتجريح لا بد في من التعدد والتبريز في غير التجريح بالعداوة كما تقدم، وأما في تعديل السر وتجريحه فلا يشترط في ذلك التعدد وهو قول الناظم والفحص إلخ.

قوله: (ووجه ذلك خروجه إلخ) في الكافي ما نصه: فإن لم يعرف القاضي الشاهد بعدالة ولا بجرحة سأل عنه في السر، فإن شهد بعدالته عدلان قبل شهادته قال سحنون: ولا يجزيه بواحد وبه العمل، واختلف فيه قول مالك فمرة أجازه ومرة استحب أن لا يجزئ به، ولا بأس للقاضي أن يتخذ مكشفاً قد ارتضاه يكشف عن أحوال الشهود في السر، ولا ينقل للقاضي إلا ما اتفق عليه عدلان ويقبل منه ما نقل إليه إلخ، وهذا منه بلفظه.

وفي المفيد ما نصه: ومن الأحكام لاین بطل قال ابن حبيب عن الأخوين إنما يجوز التعديل سرًا إذا سأل القاضي عن ذلك لنفسه، ولا يقبل ذلك إلا من العدل البين العدالة العالم بوجوه التجريح إلخ وهذا منه بلفظه. ومن نوازل ابن رشد ما نصه: وإنما كان تعديل السر أقوى من العلانية؛ لأن الشاهد قد يسأل التزكية فيستحي من التوقف عنها. قال ابن شبرمة: أنا أول من سأل في السر، كان الشاهد إذا أتى القوم ليذكوه استحيوا منه، وتعديل السر هو أن يتدنى القاضي بالسؤال عن الشاهد من يظن أنه خبير بحاله من جيرانه وأهل خلطته ومكانه، أو يتخذ رجلاً يوليه السؤال عن الشهود فيقبل ما أخبر به وحده، ولا ينبغي له هو أن يكتفي بسؤال واحد خوف أن يكون بينه وبين الشاهد عداوة هذا لفظه. وفي ابن ناجي تزكية السر الواحد فيها كاف. وقال سحنون: لا بد من اثنين كظاهرها وحمله بعضهم على الخلاف، قال ابن رشد: غير صحيح ومعناه مع الاختيار فلا خلاف في إجزاء الواحد مع السر إلخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصه: ولا

يعني أن التزكية إنما تكون بهذين اللَّفْظَيْن معاً، وهو أن يقول الشَّاهد المَزْكِي بالكسر في المَزْكِي بالفتح هو عدلٌ رضا، (وقال في المدونة: لا يجوز في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون). ١ هـ. وهذا هو التعديل التَّام عند مالك وجميع أصحابه ونقل عن بعض المتأخرين جواز الاكتفاء بقوله رضا، ونقل عن سحنون أنه إن اقتصر على قوله عدل أجزاء، وعلى ذلك نبه بقوله: وبعضهم يجيز أن يبعثوا قال اللخمي: إذا علم منه بعد المخالطة اجتناب الكذب، واجتناب الكبائر، والوفاء بالأمانة جاز أن يعدله وإذا قال المعدل: عدل رضا صحت العدالة، واختلف إذا اختصر على أحد الكلمتين فقال: عدل أو قال رضا هل يكون ذلك تعديلاً أو لا؟ ٢ والمسألة على وجهين فإن قال إحدى الكلمتين ولم يسأل عن الأخرى فهو تعديل؛ لأن العدل ممن يرضى للشهادة والرضا عدل، وقد ورد القرآن بقبول شهادة من وصف بإحدى الكلمتين، وإن وصف المعدل بإحدى الكلمتين فستل عن الأخرى فوقف كيان ذلك ريباً في تعديله، ويسأل عن السبب في وقوفه فقد يذكر وجهاً يرب فموقف عنه ١ هـ. ثم نقل الشيخ عن أبي إسحاق الشاطبي ما حاصله أن العدالة معتبرة في كل زمانٍ بأهلٍ وبحسبه، فعادلة الصحابة رضي الله عنهم لا تساويها عدالة التابعين، وعدالة التابعين

يجزئ في التعديل أقل من اثنين في مذهب ابن القاسم عن مالك. وروى غيره إذا كشف القاضي في الباطن رجلاً ثقة اجتريء بذلك، والحزم في ذلك أن يكشف في الباطن كسفاً خفياً بعد التعديل في الظاهر بشاهدين وقيل بثلاثة احتياطاً على أموال الناس وإشراهم، وقيل: لا يجزئ القاضي في الباطن بأقل من رجلين وبه القضاء إلخ، وهذا منه بلفظه. وفي تبصرة اللخمي: واختلف في قبول التعديل بواحد إذا كان ذلك بسؤال من القاضي أو مكشفه ولم يكن أحد الخصمين هو الذي أتى به القاضي أو مكشفه، ولا أرى اليوم أن يجزئاً بأقل من اثنين قولاً واحداً هـ. بلفظه. فضفه إلى ما نقل عن سحنون وما ذكره من قضاة الزمان. وقال المتطعي: ويستحب أن يكون التجريح سرّاً لأن في إعلانه أذى للشاهد، ومن حق الشاهد والمشهود له أن يعلم بالمجرم، فقد تكون بينه وبين أحدهما عداوة، أو بينه وبين المشهود عليه عداوة، أو غير ذلك مما يمنع التجريح. واختلف إذا كان الشاهد أو المشهود ممن يتقى شره هل يعلم بالمجرم أو لا؟ فقال سحنون يعلم، ثم قال: دعني حتى أنظر. وقال أبي القاسم: إذا قال المجرم نكره عداوة الناس جاز التجريح سرّاً. قال اللخمي: وقول سحنون أحسن لفساد القضاة اليوم هـ. بلفظه. وقول اللخمي لفساد القضاة اليوم هذا في زمانه فكيف بن بعده من الأمانة؟ فكيف بزماننا الذي هو حدود الثلاثين بعد مائة وبهذه الإشارة تعلم اكتفاء القضاة بواحد في السر تزكية وتجريحاً وعدم القدح في مزي السّر فإن ذلك لا يناسب زماننا، لأن القاضي ربما يقول عدل لي الشاهد أو جرح ولم يكن شيء من ذلك، فلذلك اعتمد الناس تزكية الظاهر وتجريحه وأهملوا ذلك في السر بحسب ما أدركنا عليه القضاة من شيوختنا برد الله أضرحتهم وأعلى منزلتهم، ومرادنا من هذا كله هو أن الوقت يعتبر انظر ولا بد ما كتبه على قول المتن وتزكية وإن بحد وتأمل ما قدمناه هنا عن الوثائق المجموعة. قوله: (وقال في المدونة: لا يجوز في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون إلخ) أجمع بين الوصفين هو الذي قال فيه في معين الأحكام به جرى العمل وهو الراجح إن شاء الله تعالى، انظره عند قول المختصر وتزكية وإن بحد إلى آخر تلك المسائل، وربما يفهم هذا من التحفة فافهم.

لا تساويها عدالة من يليهم، وكذلك كل زمان مع ما بعده إلى زماننا هذا، ولو فرض زمان يعرى عن العدول جملة لم يكن بد من إقامة الأشبه فهو العدل في ذلك الزمان، وكذلك تعتبر في كل مكان بأهله فليست العدول في الحواضر كالعدول في البوادي انظر تمام كلامه إن شئت.

تنبيه: تقدم في شرح البيتين قبل هذا أنه يشترط في المزكي أن يكون مبرراً في العدالة فطناً لا يخدع، وفي المواق لا يزكي الشاهد إلا من خالطه في الأخذ، والإعطاء وطالت صحبته إياه في الحضر والسفر، اللّحمي ولا يقبل التعديل بيسير المخالطة، ولا يقبل تعديله من غير سوقه ومحلته فإن وقف أهل سوقه ومحلته عن تعديله فذلك رتبة، فإن لم يكن فيهم عدل قبل من سائر بلده، التيطي: لا يزكي الشاهد إلا أهل مسجده وسوقه، وجيرانه رواء أشهب وقاله مطرف وابن الماجشون ولا يزكي الشاهد من شهد معه أو نقل معه شهادة في ذلك الحق ١ هـ. ويشترط في المزكي أيضاً أن يكون معروفاً قال في المدونة: إن شهد قوم على حق فعذلكم قوم غير معروفين وعذلك المعدن آخرون فإن كان الشهود غرباء جاز ذلك، وإن كانوا من أهل البلد لم يجز؛ لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة. ١ هـ. وكذلك إن أجاز الشهود نساء فزكاهن من ليس معروفاً وزكى المزكين آخرون جاز ذلك أيضاً، وفي ذلك يذكر البيت المنسوب لسدي عبد الواحد الونشريسي - رحمه الله - وهو:

شهادة على شهادة هيا إلا شهادة النساء والغربا

وفي طرر شيخنا الإمام أبي محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر - رحمه الله - نسبة هذا البيت لسدي علي بن هارون قال: وأصرح من هذا البيت قولي مصلحاً له:

تعديل احتاج لتعديل هيا إلا مزكي امرأة أو غربا

والذي كنت حفظته من لفظه رحمه الله إلا عدالة نسا أو غربا وهو أنسب بصدر البيت والله أعلم، أي: إلا تعديل النساء والغرباء فإنه يجوز تعديل من عدلكم إن كان المعدل غير معروف، والهباء ما يرى في الشمس تدخل البيت من كوة مثل الغبار، وليس له حس، ولا يرى في الظل قاله في الغريب للعززي، وهو في البيت المذكور كناية عن عدم اعتبار هذه الشهادة، وأن وجودها كالعدم.

وثابت الجرح مقدّم على ثابت تعديل إذا ما اعتدلا

يعني أن الشاهد إذا جرحه قوم وعدلك آخرون وإستوى الفريقان في العدالة، بحيث لم يكن أحدهما أعدل من الآخر فإن مثبت الجرح مقدّم على من أثبت العدالة؛ لأن المجرحين علموا من باطن حال الشاهد المجرح ما لم يعلمه المعدلون الذين شهدوا بظاهر أمره وقوله: «إذا ما اعتدلا» لفظة ما رائدة أي: إنما يقدم التجريح على التعديل عند تساوي البيتين، وأما إن كان إحدى البيتين أعدل من الأخرى فهي مقدمة هذا ظاهره (وظاهر ما نقل المواق)

قوله: (وظاهر ما نقل المواق) فيه إيهام والراجح تقديم بينة التجريح مطلقاً، هذا هو الحق إن

عن ابن عرفة أنهما قولان قيل: يقدم الأعدل من البيتين، وقيل: تقدم بيته التجريح، ولفظ ابن عرفة إن اجتمع تعديل وتجريح فطرق. روى ابن نافع عن مالك في الشاهد يعدله رجلان ويأتي المطلوب برجلين يجرحانه فقال مالك: ينظر إلى الأعدل من الشهود فيؤخذ به، وقال ابن نافع المجرحان أولى؛ لأنهما إذا وسقط التعديل، وقاله ابن أبي حازم وسحنون وقال: لو عدله أربعة وجرحه اثنان والأربعة أعدل أخذت بشهادة المجرحين؛ لأنهما علما ما لم يعلمه الآخرون. اهـ وإلى تقديم المجرح أشار الشيخ خليل بقوله: بخلاف الجرح وهو المقدم، ونقل الشارح عن ابن رشد أن محل الخلاف إذا قال المعدلون: هو عدل جائر الشهادة وقال المجرحون: هو مسخوط غير جائر الشهادة، وأما إذا بين المجرحون الجرح فلا خلاف أن شهادتهم أعمل من شهادة المعدلين وإن كانوا أقل عدالة منهم ثم، قال: والقول بأن شهادة المجرحين أعمل هو أظهر الأقوال وأولاهها بالصواب وعليه ذهب الناطم.

وطالب التجديد للتعديل مع مضي مدة فالأولى يتبع

يعني أن الشاهد إذا شهد وزكي ثم بعد مدة شهد شهادة أخرى فهل يحتاج إلى تجديد تزكية أخرى أو يكفي بالتزكية الأولى؟ قولان، والأولى منهما اتباع من طلب التجديد وإجابته إلى ما طلبه، ابن رشد: للمجهول الحال إذا عدك مرة في أمر ثم شهد ثانية فقال سحنون: يطلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله، وشهد مطلقاً وقال ابن القاسم: يكفي بالتعديل الأول حتى يطول سنة (فلو طلب تعديله) بالقرب على قول سحنون، أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولاً وجب قبول شهادته؛ لأن طلب تعديله ثانية إنما هو استحسان ابن عرفة: العمل قديماً وجديداً على قول سحنون نقله الموافق على قوله وإن شهد ثانياً ففي الاكتفاء بالتزكية الأولى تردد، وفي العتية من سماع عيسى عن ابن القاسم: إن كان ذلك قريباً من شهادته الأولى وتعديله فيها بالأشهر وما أشبهها، ولم يطل ذلك جداً فلا أرى ذلك، وإن كان ذلك قد طال رأيت أن يعذر فيه وأن يسأل عنه طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلبه، والسنة عندي في مثل هذا كثير طويل؛ لأن في ذلك تفسير الحالات وتحدث الأحداث قال أصبغ: إلا أن يكون الرجل المعروف بالخير المشهور الذي لا يحتاج مثله إلى ابتداء السؤال فلا يسأل عنه ثانية. اهـ. والقرب في ذلك

شاء الله تعالى ويُنَاشِء في شرحنا. وفي نوازل البرزلي ما نصّه: المشهور أن بيته الجرح أعمل لأنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى لهذا لفظه وهكذا علل غيره ممن يكثر جله، وإذا كان الأمر كذلك فلا تعارض بين البيتين لأنه يمكن الجمع، وعليه فتصح البيته للمجرحة مطلقاً وإن لم تصل إلى عدالة مقابلتها، وتقديم التجريح على التعديل جرى العمل كما في الميعار وغيره ونقلنا هذا كله في شرحنا. قوله: (فلو طلب تعديله إلخ) فيه نظر مع كلام الناس إذ كثير منهم نص على أنه يحتاج إلى تزكية أخرى، وإن مات من ركا أو غاب بحسب ظاهر كلامهم وإن كان بعضهم ذكر هذا وسلمه ابن عرفة ونقله وقد نقلنا كلام الناس. وقول هذا الشارح استحسان، زاد ابن عرفة بعده ما نصّه: والقياس الاكتفاء بتعديله أولاً ما لم يتهم بأمر حديث وهو قول الأخوين في الواضحة إلخ. وقوله: (وقد تبين إلخ) في التوضيح وغيره ما يدل على خلاف ولكن جلب ذلك يطول.

الأشهر وما دون العام (وقد تبين) أن موضوع بيت الناظم هو في الشاهد المجهول الحال، أما المعروف بالعدالة فلا يبحث عن تعديله؛ لأنه من تحصيل الحاصل.

ولأخيه يشهد المبرر إلا بما التهمة فيه تبرر

يعني أن الشاهد يجوز له أن يشهد لأخيه إذا كان مبرراً أي: سابقاً في العدالة وقد تقدم الكلام عليه، وأما غير المبرر فلا يجوز أن يشهد لأخيه، وإنما تجوز شهادة المبرر (١٨) لأخيه إذا لم تلحقه في ذلك تهمة، (فإن لحقته تهمة مثل أن ينفي عن أخيه وصمة)، أو يدفع عنه بشهادته محنة فإنه في هذه الحالة كالشاهد لنفسه لما يلحقه من قبل أخيه بذلك من المعرة، وما يطرقه من إمكان التساهل بما يدفع عنه، وحاصل الأمر أنه يرجع إلى قوة التهمة

قوله: (فإن لحقته تهمة مثل أن ينفي عن أخيه وصمة إلخ) من التهمة أن يعدل أخاه وفي ذلك خلاف، ومن في المختصر على الجواز وهو قوله بخلاف أخ لاخ إن برز ولو بتعديل، وظاهره شهد لأخيه بمال قليل أو كثير، شهد بما فيه حمية أو لا، شهد بحد أو لا، شهد بكناح يتشرف به أو لا، وهو كذلك في الجميع عند كثير لأنهم حكوا مقابل هذا بقيل، والاتفاق المذكور هنا طريقة، وكلام اللخمي فيه طول، ونصه شهادة الأخ لأخيه على تسعة أوجه في الأموال أو ما ليس بمال وهو مما يدرك فيه الحمية والغضب، أو ما يدفع به عن نفسه معرة، أو يكتسب بها حظوة ومنزلة، أو تعديله من شهد له، أو تجريحه من جرحه أو من شهد عليه أو تجريحه من جرح من شهد له، فلا تجوز شهادته له في ثلاثة في الحمية، ولا فيما يكتسب به حظوة، ولا فيما يدفع به معرة، واختلف في شهادته له في الأموال على أربعة الجواز وعدمه، وقيل: إن برز جازت وإلا فلا، وقيل إنما تجوز في اليسير. ثم قال: وأرى أن يرد في الكثير الذي يؤدي إلى شرفه، ولا ترد في الوسط إن برز ولا في اليسير مع عدم التبريز إلا أن يكون قد جرى بين المشهود له والمشهود عليه مقابلة وما يدرك في مثله الحمية فلا تجوز بحال، وإن كان أحد الآخرين في نفقة الآخر فلا تجوز شهادة المنفق عليه للمنفق، ويختلف في شهادة المنفق للمنفق عليه حسبما تقدم، إلا أن يكون نفقته عليه لغيره لئلا تدركه في ذلك ضيعة أو معرفة فلا تجوز لأنه يدفع بشهادته مؤنة الإنفاق أو معرة الترك، وإن شهد له بكناح امرأة وأنكرت فإن كان يشرف بمثلها أو علم تعلق نفسه بها أو لها يسار والمشهود له فقير لم تجز، وإن عريت عن هذه الوجوه التي يهتم في مثلها جرت على الخلاف المتقدم في المال فتجوز وتنتع مع عدمه، ولا تجوز شهادته له أن فلائق قذفه لأنه يدفع بها معرة، ويختلف في شهادته له في جرح الخطأ لأنه مال، واختلف في العمد، والمعروف من المذهب المنع لأنه مما يدرك في مثل الحمية، وأجازها أشهب في العتبية والأول أحسن إلى آخر كلامه وهو طويل جداً، ومحصله ما فيه تهمة لا يشهد له وما لا يشهد. وحكى تلميذه المازري الاتفاق على عدم الشهادة فيما يكتسب به شرفاً أو يدفع به معرة أو تقتضيه الحمية، ورأى بعضهم أن المشهور عدم الجواز في جراح العمد والكلام في التوضيح والمدار على التهمة، ولذلك قال بعض المحققين: المدار في هذا الباب التهمة، فحيث تحققت ردت الشهادة، وحيث لم تظهر جازت، وقد أشار ابن مرزوق لشيء من هذا، ولكن لم يتصر لما مر عليه المصنف بحسب ظاهره، وقد استوفينا الكلام على المسألة في الشرح غاية، وأن ما ذكره اللخمي وأتباعه ذهب كثير على خلافه وهو ظاهر

وضعها، وشهادة الأخ لأخيه هي إحدى التظاير التي يشترط في شاهدها أن يكون مبرزاً. وقال ابن بشير: ستّة لا يقبل فيها إلا العدل المبرز: الشّهادة للأخ، وشهادة المولى لمن أعتقه قال ابن القاسم: ما لم يدفع بها عن نفسه شراً، أو يجزّأ إليه بها منفعة، والشّهادة للصديق الملائف، ولشريكه المفاوض في غير مال المفاوضة وإذا راد في شهادته أو نقص بعد أدائها، والشّهادة في التعديل، وزاد ابن رشد، والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، ومن سئل في مرضه شهادة لتنتقل عنه فقال: لا أعلمها ثم شهد بها واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها، وإلى هذه التّظاير أشار الشيخ بقوله بخلاف أخ لاخ إن برز (ولو بتعديل) وتأولت أيضاً بخلافه كأجير ومولى، وملائف ومفاوض في غير مفاوضة، وزاد، وناقص، وذاكر بعد شك، وتركبة.

والأب لابنه وعكسه منع وفي ابن زوجة وعكس ذا اتبع
ووالدي زوجة أو زوجة أب وحيثما التهمة حالها غلب
كحالة العدو والضّنين والخصم والصّي والمدي

(اشتملت الآيات الثلاثة) على ما يرّد من الشّهادة، ولا يقبل لثبوت المانع من قبولها وهي التّهمة، لأنّه معارض لحصول الذي هو العداوة، وقد عد بعضهم عدم المانع

المتن، ويدل على أن كلام اللخمي لم يجرّ عليه المصنف. قوله: (ولو بتعديل) وإن فيه شراً له كما في ابن ناجي وغيره، وإن اقتصر غير واحد من المحققين على ما قاله اللخمي، والحاصل أن كلام اللخمي ومن تبعه قوي غاية، وربما يكون هو الراجح وهو اللائق لفساد الزمان وضعف العدالة في أهله، وما مر عليه المصنف بحسب ظاهره هو الراجح على حسب ما يظهر من كلام كثير، ولكن يجب أن تراعى قوة التهمة المانع وضعفها بالجواز، وكلام اللخمي يصحّ أن يحمل عليه كلام المتن بالنظر لقوله ولا إن جبر بها نفعاً، وقوله: ولا إن دفع إلخ. أي فيقيد إطلاقه هنا بما ذكره في غيره، وإمّا لنا في هذا لكون المسألة في غاية الصعوبة باعتبار ما هو الراجح فيه، وإن أردت اطلاعك عليه بلا واسطة فعليك بالشرح ومن الله الفتح. وقول التحفة إلا بما التهمة فيه تبرر، هو قليل من كلام اللخمي لا يفي به قطعاً إلا إذا أريد القياس على ما ذكره في التحفة.

قوله: (اشتملت الآيات الثلاثة إلخ) هذه مسائل كثيرة أشار لها في المختصر بقوله: ولا متأكد القرب كاب وإن علا، وأم وزوجهما، وولد وإن سفل لبنت وزوجهما، فقوله كاب حاصله أن الشاهد لأصوله كلها كان الجد لأب أو لأم، وكذا الجدات من قبل الآباء والأمهات، وقوله: أو ولد وإن سفل لبنت أي الفروع كلها كيفما كانت فروع ذكر أو أنثى، وعلى هذا فكل من يحرم نكاحه تجرم الشهادة له وذلك هو قول المختصر وحرم أصوله وفصوله إلخ. وقوله: وزوجهما أي زوجة الأب وزوج الأم وإن علوا، وقوله ثانياً: وزوجهما أي زوجة الابن وزوج البنت على الوصف المذكور وإن سفلا، فزوج الأصول ذكراناً وإناثاً كالأصول، وزوج الفروع ذكراناً وإناثاً كالفرع بلا قيد أصلاً. قال ابن يونس: وأصل هذا كله إن كانت شهادته تجر نفعاً إلى ما لا تجور شهادته له فلم يجز ذلك ابن القاسم، فالخفيد لا يشهد لجدّه فكذلك لزوجة هذا الجد، لأن الشهادة لزوجة الجد المذكور تجر نفعاً للجد المذكور، بدليل أن الجد المذكور لا يشهد لزوجه لأنه يجز نفعاً لنفسه إلخ. وكلّما لا يشهد لوالد زوجة أو ولده، بخلاف ولد زوجة ابنه أو أبيه مثلاً،

شرطاً، وعلى هذا القول فوجود المانع هو تخلف شرط قال الشارح: ولا خفاء في ظهور التهمة في هذه المواضع التي عندها وهي شهادة الأب لابنه، وشهادة الابن لأبيه، وهي التي عبر عنها بقوله: «وعكسه منع»، وشهادة الرجل لابن زوجته، وشهادة الرجل لزوج أمه وهي التي عبر عنها بقوله: «وعكس ذا اتبع»، وشهادة الرجل لوالدي زوجته، أو زوجة أبيه وما نص عليه الشيخ من هذه القضايا مساو لما سكت عنه، فبينما أن يحمل ما سكت عنه على ما نص عليه؛ لأنه من قياس لا فارق، أو من القياس الجلي فإذا قيل قد نص على الأب لابنه بقوله: «والأب لابنه وعكسه منع» فمثل ذلك البنت لأبيها وهو لها، والأم لابنها ذكرًا كان أو أنثى. وإذا قيل إنه قد نص على ولد الزوجة، وعلى زوجة الابن بقوله «وفي ابن زوجة وعكس ذا اتبع» فمثلها: ابن الزوجة، وابن الزوج وبنته بالنسبة للزوجة، وزوج البنت بالنسبة لوالديها، والزوجة للزوج، والزوجة للزوج من باب الأولى، وكذلك إذا قيل فإنه نص على والدي الزوجة بالنسبة للزوج، وزوجة الأب بالنسبة إلى ولده ذكرًا كان أو أنثى بقوله «ووالدي زوجة أو زوجة أب» فمثلهم أيضًا والد الزوج بالنسبة إلى الزوجة، وزوج الأم بالنسبة إلى ولدها ذكرًا كان أو أنثى، وعلى الجملة بحيث يغلب حال التهمة ويقرب حالة الظنة كحالة العدو في شهادته على عدوه، والظنين وهو المتهم لمن يتهم عليه (كالوضع) التي تقدمت وسواها مما شمر من ذلك التمثيل، وشهادة الخصم على خصمه، (والوصي لمحجوره)، والمدين لمن له عليه دين ومما يلحق بذلك تزكية كل واحد من هؤلاء

وهذا يؤخذ من قول المتن: ولا إن جر إلخ. بدليل ما قدمناه يعني وكذا، لانا إذا قلنا لا يشهد فلان لفلان من أجل القرابة، وكذلك العكس في هذا كله وهو ظاهر، إذ القرابة هي المانع وهي مشتركة بينهما، وظاهر كلام المختصر هنا كان الشاهد ميرزا أو لا كانت الشهادة في المال قل أو كثر، كانت الشهادة في تزكية أو تحريم من شهد عليه كان بين المشهود له والمشهود عليه إرث أم لا، كان المشهود له حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً، لأن في الولد أو لا، كان الولد متقطعاً عن والده أو لا، وهو كذلك في الجميع، وقد بينا هذا كله في الشرح بانقال محررة والحمد لله رب العالمين، وقد لفتت هذا بقولي ما نصه:

شهادة قد منعت من شاهد لمن ترى خذ وصفه واعتمد
أصوله فروعه مع روجهم بلا تقيد لدى من قد فهم
وزوجة ووالد لزوجة أو ولد فخذ له اتببه

قوله: (كالواضع إلخ) هذا يدل على قول أبي الحسن على التهذيب ما نصه: قال مالك ويدخل في قول عمر لا يجوز شهادة خصم ولا ضنين ولا شهادة الأبوين والولد وأحد الزوجين للآخر اهـ. بلفظه: والراوي عن مالك هو ابن نافع كما في ابن عروة. وقال الباجي على كلام عمر ما نصه: قال ابن كنانة الخصم في الحديث الذي يخاصم الرجل في الأمر الجسيم مثله يورث العداوة والخصم، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه في ذلك الأمر ولا في غيره إلخ، انظر شرحنا حول المتن ولا عدو ولو على ابنه إلخ. هذا أثر في الموطأ عن عمر كما في ابن عروة ونسبه في التهذيب صدر كتاب الشهادات للنبي ﷺ وزاد فيه ولا جبار لنفسه، وفسره أبو الحسن بما صورته أن يكون له على رجل عليم دين فيشهد لذلك الرجل العديم بدين على رجل آخر، فهذا إذا شهد شاهد لنفسه ليأخذ دينه اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما في هذا الشارح. وقوله: (والوصي

الأصناف لمن شهد لمن يتهم له، أو شهد على من يتهم عليه قال المقر في كلياته الفقهية: «كل من لا تجوز شهادته لرجل لا تجوز تزكيته لمن شهد له، وكل من لا تجوز شهادته على رجل لا تجوز تزكيته لمن شهد عليه». اهـ ثم استظهر الشارح على ما نقل الناظم وما أشبهه بقول بطول سردها، واستطرد الكلام على ما يتعلق بذلك وعلى مواضع الشهادة وأطال في ذلك بنحو ثلاث ورفقات ونصف فليراجعه من أراد.

وساغ أن يشهد الابن في محل مع أبيه وبه جرى العمل

يعني أنه يجوز أن يشهد الابن مع أبيه على أمر واحد علي ما جرى به العمل، في كلام الشيخ إشعار بوجود الخلاف في المسألة؛ لأنه يدل على أن في المسألة قولاً بالمتنع لم يجر به عمل، ومعنى المتنع أن شهادتهما معاً كشهادة عدل واحد وهو قول الشيخ خليل، وشهادة ابن مع أب واحدة ابن رشد: الخلاف في شهادة الأب عند ابنه والابن عند أبيه، وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه، وشهادة كل منهما على حكم صاحبه، وشهادة كل منهما مع شهادة صاحبه واحد. قيل: كل ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرف وقيل: غير جائز وهو قول أصبغ، وقرئ ابن الماجشون وهو تناقض. وأما تعديل أحدهما الآخر فلم يجره أحد من أصحاب مالك إلا ابن الماجشون وفي ذلك بعد. ابن عرفة ما أدركت قاضياً حفظه الله من تقدم ولده أو قريبه إلا قاضياً واحداً جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به، ولبعض شيوخ الشورى بقرينة شهادة الأخوين في حق واحد لرجل جائز، وليس كالأب مع أبيه. اهـ. فقول ابن رشد: «وشهادة كل منهما مع شهادة صاحبه هي مسألة الناظم» وقد حكى فيها مع ما ذكر معنا قولين، وقد ذكر الفقيه المحصل التوراني آخر قضية العدل بالبادية أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمن الجلال في تأليفه المسمى بالمسألة الاملية في الأنكحة الأخرسية ما حاصله أن شيخه وشيخي أهل ذلك العصر الفقيهان سيدي يحيى

لمحجور هذا كلام مجمل قال في التهذيب ما نصه: ولا تجوز شهادة الوصي بدين للميت إلا أن يكون الورثة كباراً عدولاً، وكان لا يجر شهادته شيئاً يأخذه هو فشهادته جائزة، قال مالك: وإن شهد الوصي لورثة الميت بدين لهم على الناس لم تجز شهادته لهم لأنه هو الناظر لهم إلا أن يكونوا كباراً عدولاً وهم بحال رشد يلوّن أنفسهم فتجوز شهادته لهم لأنه لا يقبض لهم شيئاً وهم يقبضون لأنفسهم إذا كانت حالتهم مرضية اهـ. بلفظه: فكتب عليه أبو الحسن ما نصه: أسقط ابن يونس لفظ عدولاً من الموضوعين ولعله تبع في ذلك أبا محمد، وقوله: وكان لا يجر إلخ لا يحتاج إليه لأنهم خرجوا من ولايته إلخ. وأما شهادة الوصي على الميت فجائزة كما في القرب وذلك ظاهر. وفي نوازل الأخصية والشهادات من المعيار ما نصه عن ابن الحاج: وإذا يكن للشاهد إلا الإشراف بنفسه والمشاركة برأيه في أمر الأيتام دون قبض شيء من المال ودفعه فشهادته غير مردودة هذا لفظه. وقد قال ابن شاس: وألحق بالجار لنفسه شهادة الوصي بدين للميت إن كان يلي ما يقتضي منه هذا لفظه. وفي ابن عرفة ما نصه: وفي أوائل الثلث الأخير من أجوبة ابن رشد شهادة المشرف لمن يشرف عليه جائزة إذا لا تهمة في ذلك إلخ. وقال أيضاً ما نصه الجلاب: لا تجوز شهادة الوصي لمن يلي عليه. وعن مالك في شهادة الوصي على من يلي عليه روايتان اهـ. بلفظه. زاد الباجي: الأشهر الجوال وهو في القيد، وفي الكافي وهو الصواب إلخ. فانظر كلام الباجي والكافي فإنه مخالف لما في المدونة والمعتبر هو ما في المدونة، ويقول ابن شاس: تعرف

السراج وسَيِّدِي عبد الواحد الحميدي اختلفا في شهادة الأب مع ابنه، ووقع فيها تنازع عظيم فأفتى السراج بقول الشيخ خليل وشهادة ابن مع أب واحدة وحكم الحميدي بقول ابن عاصم وسأخ أن يشهد الابن في محل البيت حتى أكل الأمر أن رفعت المسألة للسُلطان إذ ذاك مولاي أحمد، ووقع الاجتماع عليها بين يديه بالذيوان من فاس الجديد فخرج الحكم بما حكم به القاضي من العمل على قول ابن عاصم رحم الله الجميع بمنه قال: وكان السراج المذكور يقف مع لفظ المختصر وما به الفتوى فيه ولا يتعدى ذلك بوجه، (وكان القاضي الحميدي) لا يقف مع ذلك لعلمه بالصناعة الوثيقة وتدريبه معها بالمباشرة للعمل. ا هـ.

وزمن الأداء لا التَّحَمُّل صحَّ اعتباره لمقتضى جلي

يعني أن المعتبر في قبول الشهادة من الشاهدين زمان أدائها لا زمان تحملها، فإذا تحملها كافرًا أو فاسقًا أو عبدًا، أو صبيًا وأدَّاهما وهو مسلم، أو عدل، أو حر، أو بالغ فإنَّ شهادته تقبل؛ لأنَّه في زمان الادِّعاء أهل لقبول الشهادة، وهذا ما لم يشهد واحد منهم قبل روال المانع، فردَّ القاضي شهادته ثمَّ شهد بعد روال المانع فإنَّ شهادته لا تقبل.

(قال في المقرَّب) قال ابن القاسم: وإذا شهد الصَّبيَّ بشهادة، أو العبد، أو النَّصرانيَّ فردَّت ثمَّ كبر الصَّبيَّ، أو حَقَّ العبد أو أسلم النَّصراني، ثمَّ شَهِدوا بها لم تجز، وإن لم تكن رَدَّت قبل ذلك جازت. ا هـ فقله وإن لم تكن رَدَّت قبل ذلك جازت، هي مسألة النَّاطم، ولذلك قال المقرِّي في كلياته الفقهيَّة: «كل من رَدَّت شهادته المانع لم تقبل عند زواله». ابن عرفة: موانع الشَّهادة التَّهمة على روال نقص عرض. فمن المدونة: إن شهد صبي، أو عبد، أو نصراني عند قاض فردَّها لموانعهم لم تجز بعد زوالها أبدًا، أشهب من قال لقاضي يشهد لي فلان العبد، أو النَّصراني، وفلان الصَّبي فقال لا أقبل شهادتهم ثمَّ زالت موانعهم قبلت شهادتهم؛ لأنَّ قوله ذلك فتيا لا ردًّا، ا هـ. (والأداء عرفًا) قال ابن عرفة: إعلام الشَّاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به، وإعلام مصدر مضاف

هذا الفرع داخل في قول المتن ولا إن جر بها إلخ فافهم. قوله: (وكان القاضي الحميدي إلخ) كان الجماعة أغفلوا قول المتبطي ما نصَّه: وإذا شهد والد ولده وهما عدلان فشهادتهما شهادة واحدة وبه جرى العمل وقيل هما بمنزلة شاهدين إلخ وهذا منه بلفظه، وما ذكره المتبطي هو لابن فنوح في الوثائق المجموعة غير أنه قال: وبه جرى العمل أي كون شهادتهما شهادة واحدة وقيل هما بمنزلة شاهدين وهو أقيس إلخ، وناهيك بهذين الشيخين، نعم قال ابن سلمون: والمقيد فيهما ما ذكره صاحب التحفة وكذا ابن فرحون وابن راشد، فالمصنف مرَّ على ما به العمل أيضًا وهو كلام المختصر وعليه اقتصر في المنتخب، وبهذا تعرف أن الكمال لله تعالى، وأن أفراد الفروع كثيرة لا تنحصر لزمام فافهم هذا ونخله عدة يقل اعتراضك على الفقهاء، نعم مقابل ما في المختصر هو الأقيس كما رأيته، وهو الأعدل أيضًا. كما في معين الأحكام مع كونه أبعد التهمة ومع كون ما علل به ما في المختصر بحث فيه قف عليه إن شئت عند قول المختصر: وشهادة ابن مع أب واحد إلخ.

قوله: (قال في المقرَّب إلخ) هذا قول صاحب المختصر، ولا إن حرص على إزالة نقص فيما ردَّ فيه فسق أو صبا أو رفق إلخ. قوله: (والأداء عرفًا إلخ) قف على ابن عرفة والرصاع في هذا

للفاعل والحاكم مفعولٌ ولم يقل القاضي؛ لأنَّ الحاكم أعمُّ من ذلك وشهادته متعلِّقٌ بإعلامٍ وبما يحصل يحتملُ تعلُّقه بإعلام فتكون الباءُ الثانيةً سببيةً أو للتعدية، ويكون المجزوء بدلاً، ويحتملُ تعلُّقه بشهادة وبما شهد به متعلِّقٌ بالعلم وضمير له يعود على الشاهد. قال في النوادر لأشهب: قوله: «هذه شهادتي أداء» قال: والأظهر أنَّ الإشارةَ المفهومة في ذلك تكفي وشاهدت بعضَ المؤمنين أداها إشارةً فلم يقبلها منه من أداها إليه. ١ هـ والتَّحْمِلُ تحصيل علم ما يشهد به بسبب اختياري، وهو مأمور به شرعاً؛ لأنَّه فرض كفاية، والتَّعْيِيرُ بالتَّعْيِيرِ بالعلم يدلُّ على أنَّه لا يجوزُ مع غيره من شك أو وهم، وقد يكون علماً قطعياً، وقد يكون فيه غلبة الظنِّ (فالمراد بالعلم) هنا الاعتقاد، وقد يحصل العلم القطعي بقرائن، وقد يحصل بغلبة الظنِّ كذلك، فقوله: «بسبب اختياري» أخرج به علمه دون الاختيار كمن قرع سمعه صوت مطلق من غير اختيار، فإنَّه لا يسمى تحملاً وقوله: «ما يشهد به فصل» أخرج به ما لا يشهد به كالعلم بأمور ليست متعلِّقة بشهادة وقول الناظم: «لنقض جلي» أي ظاهر قال بعض من شرحه؛ لأنَّ الشَّهادة إنَّما تظهر فالتَّعْيِيرُ ويعمل بمقتضاها بالأداء فإن لم تؤدَّ كانت كالعدم فلذلك اعتبر زمن الأداء لا زمن التَّحْمِلِ. ١ هـ.

فصل في مسائل من الشهادات

ذكر في هذا الفصل مسائل من باب الشَّهادة ممَّا يكرَّر وقوعه غالباً

ويشهد الشَّاهد بالإقرار من غير إشهادٍ على المختار
بشرط أن يستوعب الكلاما من المقرِّ البده والتَّماما

يعني أنَّه يجوز للشَّاهد أن يشهد بإقرار من سمعه يقرُّ على نفسه بما يلزمه بسبب حكم مالي وبذني وإن كان المقرُّ لم يشهده بذلك، ولم يقل له أشهد علي، ولكن ذلك بشرط أن يستوعب الشَّاهد كلام المقر من أوَّلِهِ إلى آخره؛ لأنَّه إذا لم يستوعبه قد يفوته منه شيء لو سمعه لم يشهد عليه بما تضمن من نقض أوَّلِهِ لآخره أو بالعكس. قال في المدونة: قال مالك: وإن سمع رجل رجلاً يطلق زوجته يقلِّف رجلاً فليشهد بذلك وإن لم يشهده، وعليه أن يخبر بذلك من له الشَّهادة ويشهد في الحدود بما سمع إن كان معه غيره، (قال ابن يونس خوف أن يقول) له المقلِّف كذبت لم يقلِّفني وإنَّما عرضت أنت بقلِّفي فيحدِّه، قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يقول قبل ذلك فيمن مرَّ برجلين يتكلَّمان في أمرٍ فسمع منهما

ولا بدَّ وقف على شرحنا لقول المتن: والتَّحْمِلُ إنَّه اختار إليه إلخ. قوله: (فالمراد بالعلم إلخ) ابن عرفة لا يتمجز في التعبير بحسب ما اعتد منه، ولذلك اعترض عليه هنا بالظن والاعتقاد هو جزم ولذلك قالوا في حد المعرفة هي الجزم المطابق عن دليل، فقولهم الجزم أخرجوا به الظن والشك والوهم، والمطابق أخرجوا به الجزم غير المطابق كاعتقاد النصرى في عيسى على نبينا وعليه الصلاة والسلام، وكلام هذا الشارح غير موافق للاصطلاح المشهور من أن الاعتقاد لا يدخل فيه الظن فافهم. قوله: (قال ابن يونس خوف أن يقول إلخ) هذا اعترضه ابن الناظم وتركه هذا الشارح وذلك لا ينبغي. قوله: (قال ابن هشام إلخ) عبارة ابن هشام هي قول ما نصَّه في ذلك روايتان

شيئاً ولم يشهده، ثم طلب أحدهما تلك الشهادة قال: لا يشهد له، قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما من أوله إلى آخره إذ قد يكون قبله، أو بعده كلام يطله، (قال ابن هشام) في مفيدة: وبه العمل، وفي ابن الحاجب في عدّ موانع الشهادة السادس: الحرص على الشهادة في التحمل كالمختفي ليتحملها لا يضر على المشهور.

(وقال محمد: إذا لم يكن المشهود عليه خائفاً أو مخدوعاً) التوضيح المشهور أن ذلك لا يقدح، وبه قال أشهب وعيسى بن دينار، وعامة أصحاب مالك، وأكثر أهل العلم. ومقابل المشهور إما مبني على القول بأنه لا يجوز حتى يقول المشهود عليه للشاهد اشهد عليّ، وهو قول مالك، وإما مبني على القول بجوازها لكن يرى الاختفاء يضر بها، ابن رشد وهو قول سحنون، وقول محمد تقييد للمشهور، بل هو من غمامه. ففي المرواية قال مالك في رجلين قعدا كرجل وراء حجاب ليشهدا عليه قال: إن كان ضميعةً، أو مخدوعاً، أو خائفاً لم يلزمه، ويحلف ما أقر إلا كما يذكر، وإن كان على غير ذلك لزمه ولعله يقر خالياً ويأبى من البيعة، فهذا يلزمه ما سمع منه، قيل: فرجل لا يقر إلا خالياً هل أقعد له بموجب لا يعلم للشهادة عليه؟ قال: لو أعلم أنك تستوعب أمرهما ولكن أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله، ولعله يقول له في سرٍّ ما الذي لي عليك إن جئتكم بكذا؟ فيقول: عندي كذا

إحداهما يشهد إذا كان يستوعب ذلك واختار هذا القول ابن القاسم وبه العمل إلخ. وفي نقل ابن النازم له شيء موهوم والمذهب مضى شهادة المختفي ولو كان غير مبرر وغير هذا لا عبرة به، وقد بينا ذلك في الشرح.

قوله: (وقال محمد: إذا لم يكن للمشهود عليه خائفاً أو مخدوعاً إلخ) مع قوله: وقول محمد تقييد للمشهور إلخ، كلام محمد ذكره ابن شامس وابن عبد البر وابن هشام في مفيدة وابن رشد والظاهر من كلامهم أنه تقييد، وما في هذا الشارح هو التوضيح، ولكن لم أقف على من صرح بذلك غيره مما ينقل عنه ولما نقله ابن رشد قال بعد أن ذكر كلاماً في شهادة المختفي ما نصه: ولو أنك أكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة للزمت الشهادة عليه به، وإنما يصدق عنده أي ابن القاسم مع بيانه إذا قال إنما أقررت لوجه كذا مما يشبه وبالله تعالى التوفيق اهـ. بلفظه من بيانه، وقد تكلم على هذا في المقدمات والبيان وأجاد، فإطلاق هذا الشارح تاركاً لكلام ابن رشد معترض غاية، وعيارة الكافي ما نصه: وشهادة الأعمى جائزة، وشهادة المستتر إذا عرف الصوت مثل ذلك، ولا ينبغي لأحد دعي إلى الاستسار بالشهادة أن يجيب إليه إلا أن يضطر، فإن ابتلي بذلك فلا يشهد حتى يستوفي آخر الكلام من المقر وأوله ويشهد للذي دعاه إليه، وإن كان المقر ضميعةً أو مخدوعاً أو مروعاً لم تقبل شهادتهم عليه وعليه اليمين أنه ما كان إقراره إلا لبعض ما ذكرناه، وإن لم يكن ذلك ثبت عليه الحق لأن من الناس من يقر في الحلا ولا يقر في الملا، ومن عرف ذلك منه جاز أن يستتر له لسمع بإقراره اهـ. بلفظه. وفيه تنبيهات تعجب اللبيب المخالط الأريب. وقول التحفة «بشرط إلخ» فيه خلاف ولكن الراجح حكي الاتفاق على هذا القيد وهو يقوي ما في التحفة، وبه قيد أبو الحسن المدونة قائلًا: إن قول ابن القاسم تقييد وذلك هو بشرط استيعاب الكلام، ومالك أطلق في الجواز فجعل قول ابن القاسم تقييداً لقول الإمام، وقال

فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجاز. ١ هـ. انظر الباب الثامن والثلاثين من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون في القضاء بشهادة الاستغفال قال في آخره. تنبيه: وحيث أجزنا شهادته فلا يكون من باب الحرص على التحمل، قاله ابن رشد، وينبغي للشاهد التنبيه أن يرفع نفسه عن أن يخفي ليشهد، وهذا فيما لم يندب إليه ولا يفرض عليه، فإن فعل فقد فعل ما لا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء ١ هـ وانظر قوله، وحيث أجزنا شهادته فلا يكون من باب الحرص على التحمل (مع كلام ابن الحاجب المتقدم، فإنه صريح في أنها من الحرص على التحمل) والله أعلم.

وما به قد وقعت شهادته وطلب العود فلا إعادة

يعني إذا شهد الشاهد بحق فتحمل الشهادة وكتبها، ثم جاءه صاحب الحق وطلب منه إعادة الشهادة، إما بأن يكتب له رسمًا آخر بذلك لزعمة ضياع الرسم الأول، أو طلب منه أداء الشهادة عند القاضي من غير كتب فإنه لا يجيبه إلى ذلك لما يخشى في ذلك من تكرار الحق على المشهدود عليه بذلك، وهذا ظاهر إذا كتب له رسمًا ثانيًا، وكذا إن أدى فحكم على المشهدود عليه، ثم ظهر الرسم الذي كتب له أولاً قوله: «وطلب العود» يشمل العود للكتابة، والأداء قال الشارح: ولكن لا بد أن تكون الشهادة التي يمنع من إعادتها بما تضمن حقًا يتكرر بإعادتها، ففي كتاب الاستغناء قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن أشهد في كتاب ذكر حق، ثم ذكر أنه ضاع وسأل الشهود أن يشهدوا بما حفظوا فلا يشهدوا وإن كانوا حافظين لما فيه خوفًا أن يكون قد انقضى ومحي الكتاب، (فإن جهلوا، وشهدوا بذلك قضى به). وقال مطرف: يشهدون بما حفظوا إن كان الطالب مأمونًا وإن لم يكن مأمونًا فقول ابن الماجشون أحب إلي، ولم يتعرض الشيخ لحكم ما إذا جهل الشهود، وأعادوا الشهادة؛ لأنه لم يقصد استيفاء النقل، ولا قول مطرف لتدور المأمون بل اقتصر على ما يلزم الموثق من التحفظ. ١ هـ. كلام الشيخ. وفي الفصل الأول من الباب الخامس عشر من الفائق لسيد أحمد الوائلي أنه إذا أدى الشاهد شهادته عند القاضي، فلا يلزمه أداء ثان، لا عند ذلك القاضي، ولا عند غيره إذا أدى على نصي الرسم، ولا إجمال في شيء من فصوله، وفي أثناء جواب لسيد عبد الله العبدوسي ما نصه: ولا يلزم الشاهد أن

عياض في تنبيهاته: الأكثر أن قول ابن القاسم تقييد وقد صحح كلام التحفة أعني قولها بشرط إلخ. قوله: (مع كلام ابن الحاجب المتقدم فإنه صريح في أنها من الحرص على التحمل إلخ) بل هو في ابن شاس حيث قال ما نصه: السبب السادس الحرص على الشهادة وذلك في التحمل والأداء والقبول. أما الحرص على التحمل فمثل أن يجلس مختفيًا في زاوية لتحمل شهادة إلخ، وهذا هو قول المختصر بخلاف الحرص على التحمل كالمختفي أي فذلك لا يضر الشهادة وبذلك تفهم الحق في المسألة. قوله: (فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به) هنا في ابن مسلمون ولكن تأمله مع تحليلهم هنا عدم إعادة الشهادة والنقل في هذا رأيه عمل هو في هذا الشارح، وإنما يناسب هذا المضي قول مطرف بأن إعادة الشهادة تجوز للمأمون، ولكن المضي قال به ابن الماجشون القائل بعدم جواز الإعادة، وقول ابن الماجشون به عمل الموثقين لما يخشى في ذلك من تكرار الحق على المشهدود عليه كما في ابن النازم.

يؤدي شهادته مرتين، إذ ذلك إضرارٌ به والله تعالى يقول: ﴿وَلَا يَضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] نقله في السُّفر الخامس في نوازل الشهادة، وإلى هذه المسألة يوجهها أعني طلب الكتب والآداء وقولها من المشهور وقول مطرف أشار الإمام سيدي علي الرضائي بقوله في قصيدته اللامية التي في المسائل المتكررة الوقوع من أحكام القضاء حيث قال:

ومن يتغني تكرير كتبك رسمه لزعم ضياع أو آداء فأهملا
والأ وقد ديت به تمض مطرف إذا كان مأموناً فكرر وإلا فلا

تنبيه: تقدم أن هذا فيما يخشى فيه تكراراً لحق على المَشهود عليه، وذلك كالدَّين، والوصية، والكتابة، وفي ذلك ما وجدت بخط بعض شيوخنا رحمه الله.

دينٌ وصيةٌ كتابةٌ دما لا نسخ في رسومها قد علما

وصورة الدماء كما إذا شهد في وثيقة أن فلاناً جرح فلاناً جانيماً^(١٩)، فإذا نسخ الرسم توهّم أنه جرحه جافنتين ونحو ذلك والله أعلم.

وشاهدٌ برز خطه عرف نسي ما ضمته فيما سلف

لا بد من أدائه بذلك إلا مع استبرابة هنالك

هذا شروع من الناظم - رحمه الله - في الكلام على الشهادة على الخط وقد ذكرها ابن فرحون في تبصرته في الباب الرابع والثلاثين من القسم الثاني من التبصرة، وهو كما قال ابن الحاجب: في ثلاثة مواضع أحدها: الشهادة على خط نسبه المتضمن للشهادة على غيره، وهو الذي بدأ به الناظم هنا، الثاني: الشهادة على خط الشاهد الميت، أو الغائب، وهو الآتي للناظم بعد هذا، الثالث: الشهادة على خط المقر المنكر أن ذلك الخط خطه وهو الآتي في قول الناظم وكتب بخطه ما شاءه البيتين، فقلوه: «وشاهد» البيتين يعني أن الشاهد إذا عرف خطه في وثيقة ونسي ما تضمنته الوثيقة، واشتملت عليه فإنه يعتمد على

قوله: (قال الشارح وهل يحمل إلخ) قال ابن فرحون في تبصرته بعد ذكره كلاماً ما نصّه:

أما إذا كانت الوثيقة كلها بخط الشاهد وشهادته في أسفلها وهو يعرف خطه ولم يرتب غير أنه لا يذكر الشهادة فحكى ابن يونس الاتفاق في مذهب مالك على جواز الشهادة وإن لم يذكرها، وفي المدونة ما يدل على خلاف ذلك وأنه لا يشهد بذلك اهـ. من التنبيه لابن المتناصف اهـ. بلفظه. وقوله: لا يذكر الشهادة مراده المشهود به أي لم يذكر الحكاية كما دلّ على هذا كلامهم. وقال الرجراجي في مناهجه ما نصّه: فأما الرجل إذا عرف خطه في الكتاب ونسي الشهادة ولم يذكرها ولا عقل عليها فهل يشهد أم لا؟ فالمنهج على أربعة أقوال: أحدها: أنه لا يشهد ولا يرفعها جملة وهو قول ابن القاسم وابن نافع وأصبغ وغيرهم من أصحاب مالك في العتبية والموازاة والواضحة. والثاني: إذا لم يسترب في الكتاب محوك ولا حكا ولا بشراً فإنه يرفعها ويشهد ويستضع بها المشهود وهو قول سحنون في العتبية. والثالث: أنه يرفعها للحاكم ويؤدبها كما علم ثم لا

(١٩) جانيماً: أي صارحاً له ومفزعاً.

ذلك، ويؤدّي شهادته عند القاضي إلا إذا وجد في الصكّ ريساً من محوٍ أو بشرٍ، ولم يعتلّ عنه فلا يؤدّيها حينئذٍ.

(قال الشارح وهو يحمل) قوله: «خطه عرف» على معرفة الشاهد خطه في الشهادة وحدها أو في الشهادة والوثيقة معاً، هذا ممّا يحتمل، والظاهر أنّ قصده فيهما معاً لقوله: «نسي ما ضمنه» يعني ممّا اشتملت عليه الوثيقة، فدلّ على أنّ الوثيقة كلّها بخطّ الشاهد، وقوله لا بدّ من أدائه بذلك وهل على أنّ القاضي يحكم بها، أو يؤدّيها الشاهد ولا يتنفع بها صاحبها هو محتمل أيضاً، والظاهر أنّه قصد أنّه يتنفع بها قال في المدونة: إذا عرف الشاهد خطه في كتاب، فلا يشهد حتّى يذكر الشهادة، ويوقن بها ولكن يؤدّي ذلك كما علم، ثمّ لا ينفع الطالب سحنون: اختلف في هذا أصحاحنا، وقولي إذا لم ير في الكتاب محو، ولا لحقاً ولا ما يستكره فليشهد بما فيه، وهذا أمر لا يجد الناس منه بدّاً، وإن لم يذكر من الكتاب شيئاً ابن يونس إنّما قال ابن القاسم: يرفع شهادته؛ لأنّه قد يرى الحاكم إجازتها على قول من يجيز ذلك. ١ هـ. وفي التوضيح: عن البيان في هذه المسألة خمسة أقوال، الأول: أنّها شهادة جائزة يؤدّيها ويحكم بها، والثاني: أنّها غير جائزة لا يؤدّيها ولا يحكم بها، والثالث: أنّها غير جائزة إلا أنّه يؤدّيها ولا يحكم بها، والرابع: أنّها إن كانت في كاغد لم يجز له أن يشهد وإن كانت في رقّ جاز له أن يشهد قال: يريد - والله أعلم - إذا كانت الشهادة في مطلق الرقّ ولم تكن على ظهره؛ لأنّ البشر في ظهره أخفى منه في الكاغذ (٢٠)، والخامس: إن كان ذكر الحقّ، والشهادة بخطه جاز أن يشهد وإن لم يكن بخطه إلا الشهادة لم يشهد، ثمّ قال: وصبّ جماعة أنّه يشهد إن لم يكن محو ولا رية، فإنّه لا بدّ للناس من ذلك لكثرة نسيان الشاهد المتصبّب، ولأنّه لو لم يشهد حتّى يذكرها لما كان لوضع رسم خطه فائدة.

يتنفع بها المشهود له وهو قول مالك في المدونة. والرابع: التفصيل بين أن يكون الكتاب بخط يده أو بخط يد غيره، فإن كان جميع الكتاب بخط يده وأثبت خطه ولم يستكر في الكتاب محو ولا بشر ولا لحقاً فشهادته جائزة وإن لم يرفع الشهادة، وإن كان الكتاب بخط غيره فلا يشهد وهو قول ابن نافع في المجموعة، وهذا القول أشبه في النظر ولا سيما في وقتنا هذا، لأن الغالب على الناس النسيان، فإذا حقق أنّه خطه وكان ممّن لا تشبه عليه الخطوط شهد إلا أنّ تدخله رية فيستوقف إلخ، وهذا كله منه بلفظه. فأنّت تراه فصل واختار وفصل تبعاً لغيره، ولكن قال أبو الحسن على قولها في كتاب القضاء، وإذا عرف الشاهد خطه في كتاب فيه شهادته فلا يشهد حتّى يذكر الشهادة ويوقن بها ولكن يؤدّي ذلك كما علم ثم لا تنفع الطالب ما نصّه التفرقة بين كتبه الرسم والوضع أو الوضع فقط استحسان على المعنى الذي ذكرناه هذا الخط رسم يدرك بحاسة البصر أم لا إلخ، وساق ابن النازم هذا الاستحسان إلخ. وقوله وهو قول سحنون ظاهره أن هذا لسحنون وحده وليس كذلك، قال ابن رشد في البيان ما نصّه: وأما شهادة الشاهد على خطه إذا

تنبيه: معنى اشتراط انتفاء المحو والرّية إذا لم يكن معتذراً عنه في الوثيقة، وإن كان معتذراً عنه فهو من زينة الوثيقة على ما قاله بعض كبار الشيوخ. اهـ من التّوضيح (وفي المختصر) لا علم خطّ نفسه حتى يذكرها وأدّى بلا نفع، ولم أقف الآن على من اشترط في هذا الشاهد التبريز^(٢١)، كما اشترطه الناظم.

لم يذكر الشهادة فكان مالك أول زماته يقول إنه يشهد إذا كان الكتاب نقياً ولم يكن فيه محو ولا شيء يريه ثم رجع فقال لا يشهد وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل على حقيقتها وينفي التهمة عنه فيها فأخذ بقوله الأول عامة أصحابه مطرف وابن الماجشون والمتيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب، وإليه ذهب ابن حبيب وهو اختيار سحنون في نوازله، قال مطرف وعليه جماعة الناس: وليتم بالشهادة تامة بأن يقول ما فيه حق وإن لم يحفظ ممّا في الكتاب عدداً ولا يعلم السلطان أنه لم يعرف غير خطه إلخ وهذا منه بلفظه. ونقل ابن الناظم هذا أيضاً، فانظر من قال بهذا القول مع أنه قول مالك الأول. والحاصل إذا ذكر بعض هذه الشهادة فإنه يشهد بما تضمنته الكتاب ويتنزع بذلك، ولا يقول للقاضي عرفت الخط ونسيت الحكاية، بل يشهد كالذاكر لها اعتماداً على خطه، وكذا إن لم يذكر شيئاً على هذا القول من غير فرق وأداؤها واجب على الشاهد على هذا القول أيضاً، ولا بد أن لا يكون محو ونحوه مع انتفاء الأعدار عن ذلك، وأن يعرف من نفسه أنه لم يكن يشهد إلّا مع التحري، وكلام بعضهم إذا عرف خطه ونسي مبلغ الحق أن ذلك مختلف فيه، ولكن غير ظاهر كما نبهنا عليه في الشرح، وأن ما ذكرنا كالمتفق عليه قف عليه إن شئت، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون الرسم هو الكاتب له ووضع عليه أو وضع فقط على ما يظهر من كلام الرجرجي لأن التّصصيل عنده قول رابع وهو في المتيطي أيضاً. وقال ابن ناجي: ما في المدونة هو المشهور وبه العمل إلخ، ولم أر قوله وبه العمل إلّا عنده بل ما قاله سحنون هو الذي به العمل كما في ابن الناظم وفي ابن فرحون، وتبعه على ذلك البرتاسني وهو الذي نقله من ألف في عمل فاس عند سيدي العربي الفاسي وتكلم في شرح اللامية على شيء من هذا والمتيطي وابن رشد قبله والرجرجي وصاحب المفيد وابن سلمون والعبدوسي على المدونة لم يذكروا ما به العمل في المسألة، ومقابل هذا الذي به العمل هو المشهور وهو مذهب المدونة، وعليه مرّ في المختصر وهو قوله لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدّى بلا نفع إلخ. وقوله وأدّى بلا نفع استشكل وأجيب عنه بما هو ضعيف، ولكن المسألة فيها كلام طويل من أرواده فليُنظر الشرح إن شاء، وفيما كتبناه ربما يكفي اللبيب، والقول بأنه لا يرفع ولا يشهد أصلاً قسري غاية، لا سيما والقائلون به فيهم ابن القاسم، وهو الذي صدر به الرجرجي كما رأيت، وقول التحفة وشاهد برز إلخ رأيت قول هذا الشارح فيه ولم أقف الآن على من اشترط في هذا الشاهد التبريز. قلت: كلام عياض ربما يلوح منه شرط التبريز حيث قال ما نصّه: إلّا أن يكون الشاهد على بصيرة أو يقين أنه لم يضع خط شهادته مسامحة ولا كتب اسمه إلّا على صحة أي فيشهد وإن كان يعلم من نفسه أنه قد مر به زمان قبل عدالته يسامح فيه بالشهادة إلخ فلا يشهد

(والحكم في القاضي) كمثل الشاهد وقيل بالفرق لمعنى رائد

يعني: أن القاضي إذا وجد حكماً في ديوانه بخطه وهو لا يذكر أنه حكم به فقيل: إنه كالشاهد فينقذ ذلك وبغضيه؛ لأن كلا منهما يعذر بالنسيان إلا إن وجد في الكتاب ريةً كما تقدم، وقيل: لا يحكم به ولا يعمل عليه، وليس هو كالشاهد؛ لأن بينه وبين الشاهد فرقاً وهو عذر الشاهد بأن ذلك مقلوده، بخلاف القاضي فإنه قادرٌ على أن يشهد على حكمه عدلين، وعلى هذا نبه الناظم بقوله وقيل بالفرق لمعنى رائده قال ابن المناصف: اتفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتاب القاضي في الأحكام، والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون الشاهد على ذلك ولا خاتم معروف، مع أنني لا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه، بل قولهم في القاضي يجد حكماً بديوانه بخطه، وهو لا يذكر أنه حكم به أنه لا يجوز له إنفاذه إلا أن يشهد عنده بذلك شاهدان، ولا إن وجد القاضي للمولى بعده وثبت أنه خط الأول، فإنه لا يعمل به ولا يتخرج القول بعمله بتيقنه بخطه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشاهد بتيقن خطه بالشهادة بالحق، ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد بالجملة إذ هو مقدور كسبه، والقاضي كان قادراً على الشهادة على حكمه، واعتمد الناظم في حكاية الخلاف في مسألة القاضي على ما حكاه ابن المناصف من أهل عصره، وما ذكره بعده من التفرقة بين الشاهد والقاضي.

وخط عدل مات أو غاب اكتفي فيه بعدلين وفي المال اكتفي
والحبس إن يقدم وقيل يعتجل في كل شيء وبه الآن العمل
كذلك في الغيبة مطلقاً وفي مسافة القصر أجيز فاعرف

هذا هو الموضع الثاني من الشهادة على الخط، وهو الشهادة على خط الشاهد الغائب، أو الميت قال اللخمي: الشهادة على خط الشاهد لغيبته أو موته صحيحة على الصحيح من القولين؛ لأنها ضرورة وقال ابن رشد: أما الشهادة على خط الشاهد الميت، أو الغائب فلم يختلف في الأمهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها، ابن عرفة: فظاهر هذا أن

بها حيثن وفي نقل الإمام ابن مرزوق ما نصه: وأنا أرى للقاضي أنه يقبل في هذا من الشهود التيقت الذي لا يخشى عليه التباس الأمور ويوقف شهادة من ليس كذلك اهـ. وهذا كلام حق لائح عليه الصدق، وربما قد يكون هذا مأخوذاً من كلام عياض، وإنما أطلنا في هذا لصعوبة هذا الفرع وكثرة الاضطراب فيه وكثرة قيوده، ووجه القول بعدم الشهادة كثرة الضرب على الخطوط.

وقول الناظم: (والحكم في القاضي إلخ) انظره عند قول المتن: وأنهى لغيره، وعند قوله: ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكنا إلخ، وعند قوله شهود إلخ، وقدمنا في ذلك كلاماً بعيداً ما إذا شهد عدل بخلاف ما عند القاضي.

المشهور إعمالها (خلاف قول الباجي) لا تجوز على المشهور الباجي: مشهور قول مالك لا تجوز الشهادة على خط الشاهد رواه محمد؛ لأن غاية خطه أنه كلفه وهو لو سمعه يقصّ شهادته لم ينقلها عنه وروى ابن القاسم إجازتها. اهـ. وقوله: «اكفى فيه بعدلين» أي:

قوله: (خلاف قول الباجي إلخ) لعل الفرق بين الخط واللفظ أن مسألة الخط أن الضرورة دعت للشهادة عليه لغية كاتبه أو موته، وقد عللوا مسألة النقل أن اللفظ لو عرف أنها تنقل عنه لتحوز، والكاتب يتحرر في كتبه بدليل ما تقدم أن العمل على أن الشاهد إذا عرف خطه ولم يذكر الحكاية أنه يشهد، ولذلك قال في الجواهر مفرقا بين ما ذكر ما نصّه: والفرق على المشهور أن الرجل قد يخبر بما لا يتحققه، ولا ينبغي للرجل أن يكتب شهادته حتى يتحقق ما يشهد عليه ويعرف من أشهده باليمين والاسم مخالفة أن يموت أو ينبغي فيشهد عليه خطه، فأنشبه ذلك من يسمع رجلاً يؤدي شهادته عند الحاكم أو يشهد عليها غيره أن يشهد على شهادته مما سمع منه وإن لم يشهده عليها، قال الشيخ أبو الوليد: والقول الأول أظهر إذ قيل وهو قول محمد أنه لا يجوز أن يشهد على شهادته حتى يشهده عليها وإن سمعه يؤديها على الحاكم أو يشهد عليها غيره مع أن وضع الشاهد شهادته في الكتاب لا يقوي مدة ذلك اهـ. بلفظه، فالفرق مبني على المذهب وهو قول المتن ولم يشهد على حاكم إلخ، واستظهار ابن الحسّاب لا يخاف ما فيه، وتبع ابن الحسّاب ابن شاس في التفرقة المذكورة وذلك واضح، ويدل على ذلك الخلاف القوي في شهادة المخفي، وإن كان الراجح الجواز بشروط تعلقت والتفرقة للمذكورة للملاوي، وأشار ابن عرفة إلى تقويتها بالضرورة في الخط، وفي كلام ابن ناجي نظر حيث قال لا فرق بين لفظ الشاهد وخطه، مع أن الرجراجي بين التفرقة غاية، وقول الباجي مشهور قول مالك عدم الجواز إلخ لا يلزم من ذلك أن يكون هو المشهور في المذهب لأنه قال مشهور قول مالك لأنه قد يقول مالك قولاً بلا اختلاف منه ويكون المذهب خلافه، فكيف إذا اختلف قوله في ذلك، وبه تفهم ما يفهمه كلام ابن عرفة ومن تبعه، قال القاضي: وبالجواز مضى العمل عند شيوختنا أي جواز الشهادة على الخط والخلاف بالمنع قوي لكن القول بالجواز أقوى، وقد استوفينا الانتقال في الشرح وفي العبدوسي على المدونة، وأما الشهادة على خط الغائب أو الميت فالمشهور جوازها في كل شيء، وعند أهل قرطبة لا تعمل إلا في الأحباس خاصة، وفي البرزلي عن السيوري لا تجوز الشهادة على الخط، وما عندي فيها خلاف لأن للأئمة حالة وحال الناس بكثرة الضرب على الخطوط وقلة تمييزهم لها إلخ، ونظير ما في العبدوسي هو قول ابن حارث: جرى العمل من القضاة بالإجازة في الأحباس وغيرها بلا فرق. وفي المختصر وإن بنصر مال فيهما، وبيننا في شرح المتن هناك أن النكاح والحدود وغيرها داخلة في المتن بكلام الناس وأن ذلك هو للعمول به، والراجح وقف على شرحنا لقول المتن وجازت على خط مقرر تجد الحق إن شاء الله، وفي التنبيهات مشهور قول الإمام عدم الجواز. وقال ابن سهل بعد أن ذكر أن المنع هنا أشد من مسألة قول المختصر حتى يذكرها ما نصّه: والمنع هو الصحيح الذي لا أقول بغيره ولا اعتقد سواه وهو دليل المدونة وغيرها، وذكر أنها تكون في الأحباس وما جرى مجراها اتباعاً للأشياخ في استثناء ذلك. وقال ابن الهندي: الأحوط المنع

يكفي في ثبوت خطِّ العدل الميت، أو الغائب بشهادة عدلين أنَّ الخطَّ خطُّ فلان الميت، أو الغائب، وظاهره الاكتفاء بالعدلين، كان الشهود على خطِّه واحداً أو متعدداً؛ لأنَّ لفظ عدل من قوله: «وخطَّ عدل» يصدق بالواحد وبأكثر فإذا كان الصكُّ^(٢٢) بعدلين: ميّتين، أو غائبين، أو أحدهما ميتٌ والآخر غائبٌ، فإِنَّه يكفي في إثبات خطِّهما معاً بعدلين، وفي التعبير بالاكتفاء إشارة إلى أنَّ الأولى أن يشهد على خطِّ كلِّ واحدٍ اثنان فيحتاج في الوجه

مطلقاً وابن لبابة لا يحكم إلا بالمتنع، زاد ابن عرفة وغيره إلا أن مات، والأبهري قال المتنع هو الصحيح، والحاصل الخلاف قوي غاية لكن الأشهر والذي عليه العمل الجواز وإن كان في البرزلي أن العمل قال به بعضهم في عدم الجواز ولكن قف على شرحنا ترى العجب العجيب في هذا الاختلاف عند قول المتنع وجازت على خطِّ مقرر، وكذا عند قوله على خطِّ شاهد مات إلخ، وإنما أشرنا لهذا لتعلم أن التعريف بالخطوط يحتاط في المعروف بها غاية، وقد رأينا في هذا من عدم الاحتياط ما يعلمه سبحانه، ولكن المتنع الذي قال به هؤلاء الفحول قد لا يظهر وجهه لأنه يؤدي إلى الضرر وقد أشار اللخمي لذلك، قال ابن عطية على قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية بعد ذكر الخلاف في الكتب هل هو على الوجوب أو الندب؟ ما نصّه جمهور العلماء على أنه ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب إلخ.. نقوله إلى حفظ إلخ هذه الفائدة للكتب لا تتم إلا بجواز الشهادة على الخطِّ وبالاكتفاء عليه، مع أن قوله سبحانه: ﴿ذَلِكَ أَثْبَنُ مِنَ التَّوْبَةِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فيه دليل واضح وقد استدل به خير واحد، والموت والغيبة بكثران، والكتب مأمور به منه سبحانه، فإذا كان لا يشهد على خطِّه في غيبته وموته وكذا هو إن لم يذكر الشهادة لم يبق للكتب فائدة أو تبقى له فائدة قليلة ككونه يتذكر به كاتبه إذا رآه، والحبس وما جرى مجراه قليل من كثير مع الخلاف فيه أيضاً مع قلة حفظ الناس لا عسيما في الأرملة المتأخرة، والناس يقولون في هذا ينسأ الرأس وصار كتب أصدقة النساء وكتب الأمور وما ينسأ الكراس النظام التي لا تنحصر في الأموال والدماء وغير ذلك معرضة لعدم الفائدة، ونحن نقول ما قاله الفحول من الجواز، فعتة لا نزول لما اطلعنا عليه من كلام الناس، انظره عند قول المتنع: وجازت على خطِّ مقرر، وعند قوله: وخطِّ شاهد إلخ تر ما أشرنا إليه، وقد قال ذلك كثير منهم قف عليهم في الشرح فافهمه منصفاً، ولذلك الناس اليوم في حدود الثلاثين بعد مائة وألف لا تجد أحداً من القضاء يعرج على القول بالمتنع، ويرحم الله الرجراجي حيث قال في مناهجه ما نصّه: فسالن ذريعة إلى إبطال الحقوق وإتلاف أموال الناس إلخ إلخ، ولعله أخذ من كلام اللخمي، نعم القول بالجواز يلزمه الاحتياط في التعريف بالخطِّ غاية لأنه إذا كان القول بالمتنع قوياً أدى ذلك إلى الاحتياط في التعريف غاية وقد تساهل الناس في ذلك، وذلك أيضاً مؤد للضرر بالناس فقصص الأمر، وقول الناظم بعدلين يأتي الكلام عليه في المقرر هنا بعيد وهو قوله: وكتب بخطِّه إلخ.

(٢٢) جمع صفوك وهي الوثيقة بمال مقبوض أو نحوه.

المذكور إلى أربعة عدول فتطلب النصّ في ذلك، وقوله: «وفي المال اقتضي والحبس إن يقدم» يعني أنّه اختلف في الشهادة على الخط هل يعمل بها في المال والحبس القديم فقط، أو يعمل بها في كلّ شيء «وبه العمل» في زمان النظم يعني وكذا في زماننا، وقوله: «كذا في الغيبة» التشبيه في ثبوت خط الشاهد الغائب بعدلين، وقد تقدّم ما يغني عنه إذ فرض المسألة أنّ ذلك في الغيبة، أو الموت، ولعله أعاده لبيان قدر الغيبة الذي هو مسافة القصر وقوله: «مطلقاً» أي في المال وغيره وتقدّم ذلك أيضاً، وقوله: «وفي المال اقتضي» إلخ ابن الحاجب وفي قبولها في غير الأموال قولان: التوضيح: القول بأنها تختصّ بالأموال لمطرف وابن الماجشون وأصحب قالوا: لا تجوز الشهادة على الخط إلا حيث اليمين مع الشاهد، والقول الآخر: لما كاه وقال ابن الهندي أكثر ما يجوز العمل بإجازة الشهادة على الخط في الأحباس القديمة نقله المواق، ونقل قبله من المفيد قال: قال محمد بن حارث: جرى العمل من القضاة ببلننا يعني قرطبة بإجازة الشهادة على خط الشاهد، ولا علمت أحداً من أهل العلم فرق بين الشهادة على الخط في الأحباس، وغيرها في حال من الأحوال.

فرع: ظاهر قول ابن القاسم أنّ الشهادة على الخط (إنما تكون على القطع) حتّى يكون في معرفة الخط، ومعرفة الشهود له كعرفة الحيوان، والقياب وسائر الأشياء، ووقع في كتاب القزويني أنّ الشهادة في ذلك أن تكون على العلم. اهـ من التوضيح أيضاً انظر أول الباب الرابع والثلاثين من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون، وإلى هذه المسألة، والفروع الثلاثة بعدها أشار الشيخ خليل بقوله: «وخط شاهد مات أو غاب ببعد وإن بغير مال فيهما إن عرفه كالمعين، وإنه كان يعرف مشهده وتحملها عدلاً التيطي: لا تقبل الشهادة على الخط إلا من القطن العارف بالخطوط وممارستها، ولا يشترط فيه أن يكون قد أدرك صاحب الخط. اهـ.

قوله: (إنما تكون على القطع إلخ) هذا قول المختصر إن عرفته كالمعين، وبيّنا في شرحه أنّه لا يشهد إلا على الخط إلا على القطع ولا يكفي الظن وإن قيل بكفايته إن قرب من اليقين كما نقله صاحب المعيار في نوازل الأقضية عن ابن رشد وفي ذلك نظر، بل لا يشهد إلا إذا قطع على أن الخط خط فلان، ولكن انظر عند قول المتن وجازت على خط مقرّ ولا بدّ. وبيّنا أن قوله كالمعين لا بدّ من حضور الخط وإلا فلا عبرة بذلك، وبه يفهم الفرع الذي يذكره هذا الشارح عن أبي الحسن هنا، وأن الصحيح خلاف ما أفتى به أبو الحسن، وهذا الفرع نقله صاحب المجالس ولم يرجح فيه شيئاً، ولما نقل ابن غازي في تكميله مسألة قول المروث حسبما ذلك برسم بيد فلان عايناه شاهده وأن ذلك لا يكفي وذلك المذكور في البرزلي قال ما نصّه: وهذا خلاف ما نسب لأبي الحسن الصغير ولعله يجري على قول ابن القاسم في شهادة الاستحقاق على الصفة وقد يفرق بأن الخط لا تحصره الصفة بخلاف غيره إلخ. قلت: وفي كلامه نظر لأن الراي للرسم لم يشهد في غيبته على صفة إنما يشهد على مضمونه كما هو مفهوم من كلام أبي الحسن، وكان هذا سهو من ابن غازي رحمه الله تعالى.

فرع: قال في التوضيح: إذا فرعنا على قبول الشهادة على الخط (قلو لم يعرف الشاهد) على الخط أن الشاهد الأرك، وهو المشهود على خطه كان يعرف من أشهده معرفة العين لم يجز له أن يشهد على خطه، وهذا قول ابن زرب، والقول الثاني: الجواز بناءً على أن الشاهد لا يضع خطه إلا على من يعرف، ثم قال في التوضيح أيضاً: فرع: ولا تجوز الشهادة على خط الشاهد الغائب، أو الميت (حتى يقول): إنه كان في تاريخ الشهادة عدلاً ولم يزل على ذلك حتى توفي احتياطاً من أن تكون شهادته سقطت بجرحه، أو كان غير مقبول الشهادة. ١ هـ. فرع قال في التوضيح: وإذا قلنا: يحكم بالشهادة على الخط فهل عليه بين مع الشاهدين أم لا؟ روايتان ومنشأ الخلاف هل يستزك الشاهدان على خطه منزلة الشاهدين على الإقرار أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخط؟ ثم قال ما حاصله: إنه إذا لم يشهد بذلك إلا شاهد واحد فمن قال: عليه اليمين مع الشاهدين أبطل الشهادة هنا، ومن قال: لا يمين عليه أعمل الشهادة هنا ويحلف يمينين يمين مع شاهده، ويمين أخرى لكمال السبب.

فرع: سئل الإمام سيدي أبو الحسن الصغير عن شهادة شاهدين نظرا وثيقة بيد رجل تضمن إثبات حق، وتحقق ما فيها، وحفظاها، ونظرا إلى شهودها فتأملًا خطوطهم فتتحقق أنها خطوط قوم ماتوا، وعلمنا أنهم كانوا بوسم المدلة، وقبول الشهادة حين الوضع، واتصل ذلك إلى أن ماتوا ثم ضاعت الوثيقة فاستظهر صاحب الحق بشهادة هذين فأدباً عند القاضي حسماً وصف، هل يعمل على ذلك كما لو لم يضع الرسم بإحياء شهادة شهوده أم لا؟ فأجاب بقوله: سئلت عن مثل هذا مرتين فأجبت عنه جوابين: بأن القاضي يعمل على ذلك إذ لا فرق بين ما تقرر عند القاضي الآن مع غيبة الوثيقة، وبين ما تقرر عنده مع حضورها باستيفاء هذين جميع ما فيها وإحيائهما الشهادة الواقعة فيها، وهو الذي يفعل لو حضرت. ١ هـ نقله صاحب المعيار بعد نحو اثنتي عشرة ورقة من نوازل الشهادات ثم قال إثره: وانظر ما يناقض هذه الفتوى في ابن عرفة والمتطي، وهو الصحيح الذي لا يلتفت إلى غيره..

وكتابت بخطه ما شاءه ومات بعد أو أبى إمضاءه

يثبت خطه ويمضي ما اقتضى دون يمين وبذا اليوم القضاء

هذا هو الموضع الثالث من الشهادة على الخط، وهو الشهادة على خط من كتب بيده

قوله: (قلو لم يعرف الشاهد إلخ) هذا هو قول المختصر وإن كان يعرف مشهده، وذكرنا أن العلم بقصة على خلاف ما في المتن، ولذلك لم نر أشياءنا القضاة يبحثون عن هذا أصلاً، وقول تحليل مشهده هو من أشهد الرباعي، مع أن المختص إذا عرف المقر يشهد عليه ولذلك عبر كثير بقولهم يعرف المشهود عليه. قوله: (حتى يقول إلخ) هذا هو قول المختصر وتحملها عدلاً، وقد

ما يلزمه الإقرار به، ثم مات، أو أنكر أن ذلك الخطّ خطّه، فأخبر الناظم أن الحكم في ذلك أن يثبت صاحب الحقّ (بشاهدين) أن الخطّ خطّ هذا المنكر، أو الميّت، ويلزمه أو ورثته بما أقرّ به دون يمين، يلزم صاحب الحقّ في ذلك، وبهذا الحكم القضاء، وبه أفتى الشيخ خليل حيث قال: «وجازت على خطّ مقرّ بلا يمين» ابن الحاجب: أما الشهادة على خطّ المقرّ فجازة كإقراره، ولا يحلف على الأصحّ. التوضيح: وإذا قلنا إنه يحكم له بالشهادة على الخطّ فهل عليه يمين مع الشاهدين أم لا؟ روايتان ومنشأ الخلاف هل يتنزل الشاهدان على خطّه منزلة الشاهدين على الإقرار، أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخطّ؟ ثم قال فرع وإذا أقام صاحب الحقّ شاهداً واحداً على الخطّ فروايتان حكاهما ابن الجلاب، وهما مبنيان على أنه إذا شهد له اثنان هل يحتاج إلى يمين، أو لا فمن قال لا يحتاج إلى يمين أعمال الشهادة هنا، ومن قال يحتاج أبطل الشهادة هنا، وإذا قلنا يحكم له به فيحتاج إلى يمينين، يمين مع شاهده، ويمين أخرى ليكمل السبب. الشارمساحي في شرح الجلاب، وصحّ أن يحلف يمينين في حقّ واحد؛ لأنهما على جهتين مختلفتين لا على جهة واحدة. اهـ فرع: إذا لم يوجد من يشهد على خطّ المقرّ فطلب المدعي أن يجبر المدعى عليه على أن يكتب بمحضر العدول، ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعي، فافتى عبد الحميد بعدم جبره، وأفتى اللخمي بجبره، وأن يطول تطويلاً لا يمكن أن يستعمل فيه خطاً غير خطّه. اهـ.

وامتنع التقصير والزيادة إلا لمن برّر في الشهادة

يعني أن الشاهد لا يجوز له أن يزيد في شهادته، أو ينقص منها إلا إذا كان مبرّراً سابقاً في العدالة، فيقبل منه ما راد أو نقص كما لو شهد أن لزيد قبل عمرو مائة ثم شهد أنها مائة وعشرون أو قال: إنما عليه ثمانون، أو بالعكس وظاهر قبول ذلك من المبرّر قبل

فسرناه تفسيراً مفيداً كف عليه إن شئت. قوله: (بشاهدين إلخ) تقدم هذا في صريح النظم في الشهادة على خطّ الميّت أو الغائب، فأخبر هذا الشارح أن هذا أيضاً يكون في خط المقر وهو تابع لما في التوضيح وهو الذي نقله الشارح في كلامه هنا. والحاصل أن الخطّ إنما يشهد عليه عدلان هنا وأن الواحد لا يكفي مع اليمين على الراجح وإن كان قولاً قوياً، والعمل بالراجح في الأمانة المتأخّرة هو اللاتق عند من أنصف وأنه لا يمين مع الشاهدين، ومقابل هذا أنه يحلف استشكل وضعف فلا عمل عليه، وهذا كله حيث تكون الشهادة من فطن عارف بالخطوط ممارس لها عدل لا رية تلحقه، وكان العدل المشهود على خطّه مشهور، لكن إن عجز عن شاهد ثان فليُنظر في ذلك القاضي لقرائن الأحوال، وما ظهر له فعله راجحاً ثواب الله تعالى، وقول المختصر بلا يمين هو دليل على أنه لا بدّ من شاهدين إذ لم يقل أحد أنه يحلف مع الشاهد الواحد، فافهم هذا الذي لخصناه من كلام الناس بعد اجتهاد وتعب كثير وجمعناه في شرحنا بليلة تقبل الله ذلك بفضلهم وكرمه وطوله.

الحكم أو بعده (وفي ذلك خلافٌ، وتفصيلٌ) يراجع في المطولات، وأما غير المبرّر فلا تقبل منه زيادةٌ ولا نقصانٌ، وقبول ذلك من المبرّر محلّه بعد أدائها عند القاضي، (وأما قبل ذلك) فلا تعتبر زيادةٌ ولا نقصانٌ. قال ابن رشد في عدّ ما يشترط فيه التبريز في العدالة ومن راد في شهادته أو نقص بعد أدائها. اهـ وقال ابن يونس: قال ابن القاسم: من شهد بثلاثين ديناراً ثم جاء يذكر أنّها كانت خمسين فإنّها تقبل شهادته في ذلك كله، قال ابن رشد: هذه إحدى المسائل التي يشترط فيها التبريز على مذهب ابن القاسم اهـ، وقد تقدّمت هذه النظائر في شرح قوله ولاخيه يشهد المبرّر البيت ويرر في البيت بفتح الراء.

قوله: (وفي ذلك خلافٌ وتفصيلٌ) قال كاتبه: قبي سماع يحيى عن ابن القاسم وهي أول مسألة من الكتاب الثالث من الشهادات قال: سألت ابن القاسم عن العدل يشهد عند القاضي ثم يعود يزيد في شهادته أو ينقص فقال: إذا كان منقطع العدالة ثم لا ينهم في عقله فما راد أو نقص قبل أن يقع الحكم بشهادته هو مقبول منه، وأما ما رجح عنه أو نقصه مما كان شهد به أو زاد كلاماً فيه نقص الشهادة الأولى وذلك بعد أن حكم بشهادته فهو غير مقبول ولا يفسخ الحكم للذي كان من تحويل شهادته ولما راد أو نقص، فأما ما زاده بعد الحكم مما زعم أنه كان تبينه مثل أن يكون شهد لرجل على رجل بثلاثين ديناراً ثم تذكر أنّها كانت خمسين فجاء يشهد بتمام الخمسين فإن ذلك يقبل منه وتجاوز شهادته اهـ. بلفظ صاحب البيان ابن رشد. وفي التيطي: وليس للشاهد أن يزيد في شهادته أو ينقص منها إلا أن يكون مبرراً، قال بعض الفقهاء: وفيه نظر بل الواجب لا يزيد ولا ينقص فإن نقص قبل المبرر وغيره وإن راد قبل المبرر خاصة اهـ. بلفظه. وفي ابن سلمون ما نصّه: وإذا راد شاهد في شهادته أو نقص قبل منه إن كان مبرراً وإلا فلا، وقيل إن كان بعد الحكم لم يقبل منه هذا لفظه، ولكن انتظر مع السماع المتضد، وما نقله المتيطي حسن غاية ظاهر وجهه. وفي النوار أيضاً ما نصّه: من شهد بثلاثين ديناراً ثم جاء فذكر أنّها خمسون قبلت شهادته، وقاله في التبية والمجموعة. وقال ابن حبيب عن مطرف: وإذا جاء فقال هي خمسون وكنت نسيت وقد ادعى ذلك رب الحق أو لم يدعه فإن كان مبرراً قبلت شهادته وإلا لم تقبل إلخ. وما في النوار نقله الخطاب، وقال ابن ناجي على المدونة على قولها في كتاب التتجيز والتملك. وإن قالت قد قبلت أو قبلت أمري أو طلقت نفسي سألت عن نيتها فيلزم ما نوت إلا أن يانكرها الزوج إلخ ما نصّه: أقام شيخنا حفظه الله من قولها سألت أن الشاهد إذا شهد شهادة مجعلة أنه يفسرها ولا يكون زيادة في الشهادة وأظنه قال: ولا يشترط فيه المجلس الواحد ثم وقع الحكم بذلك عندنا بالقيروان اهـ. بلفظه. وما ذكره ابن ناجي فيه فائدة كثيرة الوقوع وذلك ظاهر إذ تفسير للجمل ليس بزيادة ولا نقص، وعليه فلا يشترط في الشاهد المفسر أن يكون مبرراً كما هو ظاهر قول ابن ناجي هذا وصف هذا لما كتبه على قول التحفة ومن لطالب بحق شهد إلخ بعد هذا. قوله: (وأما قبل ذلك إلخ) انتظر إذا كتبها الشهود عليه وقبلوها ولم يؤدوا فإني لم أتف عليه، وأما قبل كتبها فلا شهادة بلا زيد ولا نقص، لكن المستبر في الشهادة هو حالة الأداء، مع أن ظاهر كلامهم هنا أن للمعتبر أيضاً في خصوص النازلة هو الأداء، والحاصل لم يظهر لنا ما نعتمد في هذا.

وراجع عنها قبوله اعتبر ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذر
 وإن مضى الحكم فلا واختلفا في غرمه لما بها قد اتلفا
 وشاهد الزور اتفاقا يغرمه في كل حال والعقاب يلزمه

تكلم في الآيات على رجوع الشاهد عن الشهادة وللرجوع كما قال ابن الحاجب ثلاث صور: الصورة الأولى: قبل القضاء فلا قضاء أي لا يقضى بها وتصير كالعدم، وإلى هذه الصورة أشار بالبيت الأول فضمير قبوله للرجوع، والمعنى أن رجوعه يقبل، ويعمل به سواء اعتذر وقال توهمت مثلاً، أو نسيت، أو لم يعتذر إذا كان ذلك قبل إمضاء الحكم. ابن الحاجب: الصورة الثانية: بعد القضاء وقبل الاستيفاء. قال ابن القاسم: يستوفى الدم كالمال وقال أيضاً: وغيره لا يستوفى حرمة الدم. الصورة الثالثة: بعد الاستيفاء فيغرمán الذية وغيرها إن لم يثبت عمدهما عند ابن القاسم وأشهب، لا يغرمán عند ابن الماجشون، فإن ثبت عمدهما فالذية لابن القاسم، والقصاص لأشهب وإلى هاتين الصورتين أشار بقوله: «وإن مضى الحكم فلا» وهو تصريح بمفهوم قوله قبله: «ما الحكم لم يمض» يعني أن رجوع الشاهد إذا كان بعد حكم القاضي بمقتضى الشهادة، سواء كان قبل الاستيفاء كما إذا حكم بغرم المال، ولم يؤخذ من المحكوم عليه حتى رجع الشاهد، وهي الصورة الثانية عند ابن الحاجب، أو كان رجوعه بعد الاستيفاء، وهو دفع المال في المثل المذكور وهي الصورة الثالثة، فإن الرجوع في هذين الوجهين لا يعتبر ولا يعمل عليه، بل يمضي الحكم ويستوفى المال، واختلف في استيفاء الدم هنا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، وأما بعد الاستيفاء فلا كلام فقوله: «وإن مضى الحكم فلا» أي: فلا يعتبر الرجوع ولا يعمل عليه بقدر، كأنه لم يرجع ويبقى الكلام في غرم الشاهد لما اتلف بشهادته.

(واعلم أن المتلف بالشهادة إما نفس، أو مال فإن لم يثبت أنه تعمد الكذب والزور ففي غرمه المال من دية أو غيرها قولان: فيغرم عند ابن القاسم وأشهب، ولا يغرم عند ابن الماجشون كما تقدم عن ابن الحاجب، وإلى هذا أشار الناظم بقوله " وأختلفا " إلخ وضمير بها للشهادة، فإن ثبت أنه تعمد الكذب، والزور فيغرم المال اتفاقاً، ولا إشكال وإن كان شهد بالقتل، أو الجرح عمدًا ثم رجع عن شهادته وثبت أن شهادته بالقتل، أو بالجرح كانت

قوله: (واعلم أن المتلف إلخ) في الغرم خلاف قوي غاية وكذلك في الأدب، ولكن الراجح في الغرم أنه لازم للتأنيب والمعتمد، والراجح قصر الأدب على المتعمد وأما غير المتعمد فلا أدب عليه رجع قبل الحكم أو بعده والمتعمد قبله كذلك، وإن رجع بعد الحكم ففي ذلك خلاف قوي غاية واضطراب كثير لا يكاد يتحصل منه ظهور الراجح لكل أصل ابن القاسم الأدب، هذا ما

زوراً وكذباً. فقال ابن القاسم: يغرم اللّية (وقال أشهب: يقتص من الشّاهد) وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وشاهد الزّور اتّفاقاً يغرمه أي: ما أئلف بشهادته ومعنى في كلّ حال أي: سواء كان المشهود به مالاً، أو دمًا، وظاهر قوله: «يغرمه في كلّ حال» أنّه لا يقتص من الشّاهد في القتل، أو الجرح، وهو قول ابن القاسم كما تقدّم، وقوله: «والعقاب يلزمه» أي: لشاهد الزّور زيادة على الغرم قال الشّارح: في كتاب ابن يونس قال سحنون: إذا رجع الشّهداء قبل الحكم، وقد شهدوا بحق، أو حدّ الله من زنا، أو سرقة، أو خمر، أو عتق، أو في جميع الأقوال فإنّهم يقولون ولا شيء عليهم من العقوبة وهموا في شهادتهم، أو رجعوا عنها لشكّ خالطهم؛ لأنّ العقوبة في هذا توجب الخوف فلا يرجع أحد عن شهادة شهدها على باطل أو شكّ إذا أراد التّوبة، ويحتلون فيما شهدوا به من الزّنا حدّ القذف في الحرّ المسلم، وفيه أيضًا روى المغيرة عن أبي ذئب أنّ رسول الله ﷺ: قال في شاهد شهد ثمّ رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول الله ﷺ قال ﷺ: «تضي شهادته الأولى لأهلها وهي الشّهادة والأخيرة باطلة» (٢٣) وأخذ بذلك مالك وغيره، وجميع أصحابه يرون أن يغرم ما أئلف بشهادته إذا أقرّ بتعمّد الزّور، قاله عبد العزيز بن أبي سلمة قال سحنون: اختلف أصحابنا في رجوع البيّنة بعد الحكم فقالوا: إن قالوا وهما، أو اشتبه علينا فلا غرم عليهم، ولا أدب، وإن قالوا زورنا غرّموا ما أئلفوا وأدبوا، وقال آخرون يغرموا ما أئلفوا في العمد، والوهم، والشكّ، ويؤدّب المتعمّدون. اهـ. وفي شهادة المدوّنة: إن أخذ شاهد الزّور ضرب قدر ما يراه الإمام، ويظاف به في للمجالس، ابن القاسم: يريد في مجالس المسجد الأعظم وفي مفيد الحكام: اتّفق أصحاب مالك على تغريم شاهد الزّور ما أئلف بشهادته، واختلفوا في تغريمه إذا ادّعى الوهم والشّبه فقال بعضهم: لا غرم ولا أدب، وقال بعضهم: يغرم اهـ وراجع شراخ قوله: «وعزّر شاهد الزّور في ملأ بتداء» تنبيهان: الأوّل: ما تقدّم من إمضاء الحكم في رجوع الشّاهد إنّما هو إذا لم يتبيّن كذبه فيما شهد به أو لا بأن كان ذلك بإقراره لاحتمال صدقه فيما شهد به أو لا، وكذبه فيما رجع إليه، وأمّا إن تبين كذبه فإنّ الحكم ينقض إن أمكن نقضه كاستحقاق ريع ونحوه، كمسألة المدوّنة فيمن شهدت البيّنة بموته فبيعت تركته وتزوّجت زوجته، ثمّ قدم حيًّا فإنّ ذكر الشّهود ما يعلنون به فهذا تردّد إليه زوجته، وليس له من متاعه إلّا ما وجد، وما بيع فهو أحقّ بالثمن إن وجده قائمًا فإن

لخصناه من كلام الناس في شرحنا لمسائل الرجوع بعد نقل كلام الناس. قوله: (وقال أشهب يقتص من الشّاهد إلخ) هذا رجحه غير واحد من المحقّقين بما يثبّط له الصّدر، قف على ذلك في الشرح، والحاصل هذه مسائل كثيرة لا يكفي فيها ما ذكر لا سيما وفيها قتل وجراحات وإتلاف أموال.

لم تأت البيّنة بما تملز به فذلك كتمّدهم الزور فليأخذ متاعه حيث وجده وعبد، وإن كان قد اعتق وأمته، وإن كانت قد صارت أم ولد وإلى هذه المسألة أشار الشيخ خليل بقوله آخر الاستحقاق كمشهود بموته إن عذرت بيّته، وإلا فكالغاصب وكذلك إن شهد رجلان بأن هذا الرجل قتل فلاناً عمداً فحكم بقتله، ثم قدم حياً قبل قتل المشهود عليه فإن الحكم ينتقض، وكذلك إن شهد أربعة على رجل بالزنا فحكم برجمه، فوجد الرجل مجبوراً فينتقض الحكم، ولا يحّد الشهود حدّ القذف إذ لا حدّ على من قال للمجبوب (٢٤) يا زاني، أمّا ما لا يمكن نقضه فلا إشكال في عدم نقضه، ويمضي إذ الفرض أنّ نقضه غير ممكن، وذلك كالحكم بقتل القاتل فقتل ثمّ قدم المشهود بقتله حياً، وكالحكم برجم من شهد عليه أربع بالزنا فرجم فظهر أنّ الذي رجم مجبوب فلا يحّد الشهود للقذف كما مرّ، بل عليهم الدية في أموالهم مع الأدب وطول السّجن. الثاني: ما تقدّم من أنّ الرجوع إذا كان قبل الحكم فإنّ الشهادة تصير كالعدم بغير الشهادة بالزنا ما إن شهدوا بزنا، ثمّ رجعوا قبل الحكم فإنّهم يحّدون حدّ القذف في الحرّ المسلم كما تقدّم عن ابن يونس والله أعلم.

فصل في أنواع الشهادات

ثمّ الشّهادة لدى القضاء جملة خمس بالاستقرار
تختصّ أولاهما على التّامين أن توجب الحقّ بلا يمين
ففي الزّنا من الذّكور أربعة وما عدا الزّنا ففي اثنين سعه
ورجلٌ بامرأتين يعتضد في كلّ ما يرجع للمال اعتمد
وفي اثنين حيث لا يطلّع إلا النّساء كالحيض مقنع

قسّم النّازم - رحمه الله - الشّهادة إلى خمسة أقسام: الأول: منها ما يوجب الحقّ بلا يمين لكن بشرط تعدّد الشّاهد فيها على الجملة ولو صغيراً، أو امرأة. الثاني: ما يوجب لكن مع اليمين. الثالث: لا يوجب حقّاً بل توقيف الشيء المتنازع فيه. الرابع: ما يوجب اليمين فقط على المطلوب. الخامس: ما لا يوجب شيئاً ولا عمل عليه، ووجوده كالعدم وهذا التقسيم هو باعتبار موجب الشهادة بفتح الجيم أي: ما توجه به وما يميني عليها. وقسمها ابن الحاجب إلى أربعة أقسام وسماها مراتب، وهذا باعتبار ما يكفي في المشهود فيه

فصل في أنواع الشهادات

قوله: (والطلاق) قال الوانوغري على مضمون قول المتن والمال دون القطع في سرقة ما نصّه:

(٢٤) للمجبوب: هو من قطع ذكره.

على اختلاف أنواعه، فبعضه لا يكفي ولا يثبت إلا بشهادة أربعة كالزنا، وبعضه لا يثبت إلا بعدلين، وهو ما ليس زنا ولا مالا ولا أَيْلًا إلى مال كالنكاح والطلاق، وبعضه يثبت برجل وامرأتين، وذلك للمال وما يثول إليه كالأجال، والخيار، والشفعة، وبعضه يثبت بامرأتين وهو ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء، وزاد غيره ما يثبت بامرأة واحدة، وذلك الخلطة عند من اشترطها في توجه اليمين على المدعى عليه ولكل من صنيع الناظم التابع فيه لابن القاسم الجزيري، وصنيع ابن الحاجب التابع فيه لابن شامس وجه أحدهما قريب من الآخر أو عينه، فالزنا مثلاً تكلم فيه الناظم على أنه إن شهد به أربعة ثبت بلا يمين، وقال ابن الحاجب: لا يثبت إلا بأربعة وما ليس بمال كالنكاح، والطلاق في النظم تكلم على أنه إذا شهد به عدلان ثبت بلا يمين وابن الحاجب قال: إنه لا يثبت إلا بعدلين، والمال وما يثول إليه تكلم فيه الناظم على أنه يثبت برجل وامرأتين وابن الحاجب على أنه يثبت بذلك وبغيره كامرأتين ويمين، ورجل ويمين، وكلاهما حسن فجزأهما الله عن المسلمين خيراً، وأعظم لهما ثواباً وأجرأً. وذكر الناظم في هذه الأبيات القسم الأول الذي يوجب الحق بلا يمين، ونحته ستة أنواع النوع الأول: شهادة أربعة عدول في الزنا يروونه كالمرود في المكحلة. الثاني: شهادة عدلين في المال وغيره ما عدا الزنا وإلى هذين النوعين أشار بقوله ففي الزنا من المذكور أربعة البيت. الثالث: شهادة رجل وامرأتين وذلك في المال، وما يثول إليه، وإليه أشار بقوله: ورجل بامرأتين يعتضد الرابع: شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال كالحيض، والولادة إلى ذلك أشار بقوله: وفي اثنتين حيث البيت ولدى في البيت الأول بمعنى عند؛ لأنها لا تعتبر فتوجب حقاً أو لا توجه إلا عند أدائها عند القاضي، والاستقراء التتبع والبحث، وضمير أولها للخمس، وبامرأتين يتعلق بيعتضد، وجملة اعتمد خبر رجل، وسوغ الابتداء به وصفه بجملة يعتضد، ونائبه يعود على الرجل الموصوف وهو الرابط لجملة الخبر بالمبتدأ وفي كل يتعلق باعتمد وفي اثنتين خبر مفتح، وسوغ الابتداء به تقدم الخبر وهو جار ومجرور والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قال الشارح اليمين: المنصبة في هذا القسم هي اليمين التي يقصد بها تقوية شهادة الشهود الذين شهدوا في ذلك، كاليمين مع الشاهد الواحد، أو مع شهادة امرأتين في الأموال ونحوها، فلا تعترض بيمين القضاء الواجبة في حق الميت، والغائب

قلت لشيخنا ابن عرفة: هذه المسألة تتعلق بها البحث من وجهين: الأول: أن يقال ندعي أنه قد يؤخذ من هذه المسألة لو شهد رجل وامرأتان على طلاق زوج زوجته لها عليه صداق حال وقلنا لا يحكم به إلا عند الموت أو الفراق أن الطلاق لا يلزم ويقضي بالصداق، وكذا لو طلقها وصير لها داره والشاهد بذلك من ذكر فيصح التصيير دون الطلاق قال: وعندي أن الأخذ أخرى لأنه قد اختلف الشيوخ في القضاء بالصداق بدون الطلاق إلخ وهذا كلام حق.

ومن لحق بهما؛ لأن تلك اليمين ليست بعاضدة لشهادة الشهود، ولا مقوية لها، وإنما هي في مقابلة فرض دعوى الغريم البراءة من الحق، وكذلك لا يعترض يمين الاستحقاق الواجبة في غير الأصول؛ لأنها ليست بمقوية أيضاً، وإنما هي في مقابلة فرض دعوى صيرورة المستحق للمستحق منه بهبة، أو غيرها مما ينفي اليمين احتمالها، ولا يكفي عنها قول الشهود وما يعلمونه باعه ولا وهبه؛ لأنهم إنما نفوا العلم فقط؛ لأنهم شهدوا بالملكية على البيت، وباستمرارها على العلم، فاليمين في مقابلة دعوى ما لم يعلمه الشاهد من عدم استمرار الملك لا لتقوية الشهادة. الثاني: شمل قوله: وما عدا الزنا ففي اثنين معه جميع الحقوق المالية، والبدنية ما عدا الزنا لتقدمه، فجميع ذلك يثبت بعدلين على تفصيل في أفراد، إذ منها ما لا يثبت إلا بعدلين، ومنها ما يثبت بعدل ويمين، أو بعدل وامرأتين، أو بامرأتين ويمين، فثبتت جميع ذلك بعدلين هو الذي في النظم، والتفصيل الذي في أفراد هو الذي في ابن الحاجب، وسواء تضمنت شهادة عدلين إتلاف نفس كالقود، أو عضو كالقطع، أو إباحة بضع كالنكاح، أو انتهاك بشرية كالتعزير والحدود، أو إبانة عصمة كالطلاق والفسخ، أو إبانة مال كالهبة والعنق، أو نقل ملك كالمعاوضة والبيع، أو تعمير ذمة كالسلم والدين، أو تعلق حق كالعارية والرهن، أو إلزام حكم كالتعدي والغصب، الحكم في ذلك واحد، ولكن الذي يختص به الرجال ولا يتم إلا بهم أحكام مخصوصة من ذلك. قال ابن شاسي: المرتبة الثانية ما عدا الزنا مما ليس بمال، ولا يؤول إليه كالنكاح، والرجم، والعنق، والطلاق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولاء، والعدة، والجرح، والتعديل، والعفو عن القصاص، وثبوته في النفس والأطراف على خلاف فيها،

قوله: (والبلوغ والولاء) هذا إن أريد بإثبات البلوغ القصاص مثلاً، وأما إن أريد بإثباته أخذ مال ككونه يسهم له من الغنيمة فربما يكفي فيه شاهد وامرأتان شهدا أنه بلغ ثمانية عشر عاماً، ويدل لذلك مسائل تأتي هنا، وأما الولاء فقال المصنف في فصل الولاء: وإن شهد واحد بالولاء أو اثنان أنه مولاه أو ابن عمه لم يثبت لكنه يحلف ويأخذ المال بعد الاستيناء، وقال في آخر العنق وحلف واستؤني بالمال إن شهد بالبت شاهد أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان إلخ. قوله: (والعدة) هذا أيضاً باعتبار أنها تزوج. وأما إن كان الطلاق رجعيًا وإدعى أن العدة انقضت لتنتقض النفقة عنه وشهد امرأتان بأنها دخلت في الحضيضة الثالثة وقد طلقت بطهر أو في الرابعة إن طلقت بحيض فيحلف ويبرأ من النفقة على ما يظهر مما تقدم وما يأتي هنا. قوله: (والجرح) هذا خلاف المذهب فإن جرح خطأ يكفي فيه الشاهد واليمين ولا إشكال، وكذا جرح العمد وهو قول صاحب المختصر أو قصاص في جرح أي فإنه يكفي فيه الشاهد واليمين، ولذلك قال أيضاً: وجرح خطأ وهذا مبين في شروح المختصر، وقد بيناه في شرحنا بالانتقال المذهبية فف عليها إن شئت، وهذا الشارح تبع ابن النازم وهو تبع غيره وذلك خلاف المذهب، والقصاص في الجرح إحدى مسائل الاستحسان، نعم الخلاف قوي في المسألة غاية واستوفيناه في شرحنا والحمد لله ولكن ذلك هو

والتسبب، (والموت، والكتابة) والتبدير وشبه ذلك، (وكذلك الوكالة، والوصية) عند أشهب وعبد الملك، وشرط ذلك كله التعدد والذكورية اهـ على نقل الشارح. فهذه تسع عشرة مسألة مما لا يثبت إلا بعدلين، ومثلها لابن الحاجب، وفي الباب الثاني من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون ما نصه الباب الثاني في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما وذلك في

المشهور فافهم. قوله: (والعفو عن القصاص) هذا ظاهر في العفو عن القتل، وأما الجرح فانظره، لكن عبارة التوضيح عن ابن القاسم: ولا تجوز شهادتهن أي النساء مع رجل في العفو عن الدم كما لا تجوز في دم العمد اهـ. ودم العمد فيه تفصيل وهو أن الجرح خطأ أو عمدًا يجوز فيه عمد وبيمين، وكل ما يجوز فيه عدل ويعين يجوز فيه النساء مع عدل كما بيناه في الشرح وإن كان فيه خلاف كثير. قوله: (وثبوته في النفس) قال في المختصر صدر الجنائيات ما نصه: ومن أقام شاهدًا على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية إلخ فيقيد قولهم القتل إنما يثبت بعدلين بنهر هذا فافهم. وقال في المختصر في الشهادات كقتل عبد آخر. قوله: (والأطراف إلخ) بينا الراجح من ذلك. قوله: (والموت) قال في المختصر في فصل التنارع: ولو أقام المدعي شاهدًا أي على الموت حلف معه وورث فباستبار المال الذي هو الإرث يصح الموت بشاهد ويعين وهذا هو المذهب وهو قول ابن القاسم خلافاً لأشهب. وقال في المختصر في كتاب الشهادات ما نصه: أو موت ولا روجة ولا مدبر ونحوه فانظر ذلك في شروحه. وقال أيضاً في الباب ونكاح بعد موت. قوله: (والكتابة) أي ادعى العبد أن سيده كاتبه ليعتق بذلك وإن كان المال يلزم ذلك والخلاف فيها هل هي عتق أو بيع وكان هذا على الأول، وأما على الثاني فيكفي الشاهد وإن كان يؤدي إلى العتق لأن المعتبر هو المشهود به مطابقة، فإن كان مالاً كفى الشاهد واليمين وإن أدى لغير المال والعكس بالعكس كما في شروح المختصر وغيرها بل وفي المختصر، وأما أداء الكتابة فالشاهد واليمين كاف فيه وهو قول المختصر وأداء كتابة فافهم. قوله: (وكذلك الوكالة والوصية) قال ابن الحاجب: وكذلك الوكالة بالمال والوصية على المشهور أي في كونهما لا يشترط فيهما عدلان ذكران، ففي التنبيه لابن المناصف: واختلف في الشاهد الواحد على التوكيل بالمال من غائب هل يحلف الوكيل معه ليثبت التوكيل أو لا؟ فالأشهر المنع، واستحسنه اللخمي، إلا أن يتعلق بذلك التوكيل لسوكل نفع مثل أن يكون له على الغائب دين أو لأنه يقرّ المال في يديه قرضاً وما أشبه ذلك فيحلف ويستحق، ونقل ابن فرحون هذا. وفي المتطعي ما نصه: فإن شهد على غائب بوكالة فيروى أنه يحلف الوكيل وتثبت وكالته، والذي عليه العمل أنه لا يحلف معه، قال ابن دحون: يلزم من أجاز شهادة النساء على الوكالة في المال أن يجيزها بالشاهد واليمين، قال بعض الشيوخ: وليس ذلك بصحيح إذ ليس كل موضوع يجوز فيه شاهد ويعين هذا لفظه، ومراده ببعض الشيوخ هو ابن رشد، ولعل ابن دحون قصد اليمين من المتطع بالوكالة على ما يأتي أنه صحيح، مع أن ابن عرفة نظر في رد ابن رشد عن ابن دحون وقد بينا هذا في شرحنا، وحاصل ما لحصناه أن الوكالة على المال تصح بشاهد وامرأتين وشاهد ويعين إن كان الوكيل له نفع في هذه الوكالة، كما إذا وكله على قبض دين وهبه له مثلاً، وأما إن لم يكن له نفع وقام له شاهد فلا يحلف معه على

النكاح والطلاق، (والخلع)، والتّمليك، والمباراة، والعق، والإسلام، والرّدة، والنّسب، والكتابة، والتّدبير، والبلوغ، والعدّة، والجرح، والتّعديل، والشّرب، (والقذف، والحرابة، والشّركة، والأجال)، والأحصال، وقتل العمد، وكذلك الوكالة، والوصيّة عند أشهب فهذه الأحكام لا تثبت إلاّ بشاهدين ذكّرين حرّين عدلين، قاله ابن رشد، وغيره. اهـ. وانظر عدّة الخلع والمباراة مع أنّهما داخلان في الطلاق، والفرق بين الخلع والمباراة والافتداء أنّ المباراة أن تقول المرأة لزوجها قبل البناء: خذ ما أعطيتني واتركني، والخلع بأن تختلع بكلّ الذي لها، والافتداء أن تفتدي ببعض وتمسك بعضاً، قاله في المقرب. قال مقدّد هذا الشّرح سمح الله له وقد كنت نظمت هذه النّظائر في أبياتٍ تقريباً للحفظ فقلت:

وشاهدان في النكاح والطلاق والخلع والإبراء وتمليك عتاق

وردة إسلام أو بلوغ أو عدّة أو جرح وتعديل حكوا

ما به العمل ولا تثبت، وما ذكرناه من حلف الوكيل الذي له نفع في الوكالة سلمه ح وغيره، وظاهر كلام غير واحد أن الوكيل لا يحلف مطلقاً وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، لأن الوكيل الغائب الذي اسمه زيد مثلاً لعمرو ليقبض من خالد مثلاً ألف دينار وخالد مقرّب بها فإن الوكيل إذا قبضها ربما يفرّ وربما يعدم، فلنا على وثوق من التوكيل إذ الشاهد إما اعتبر على القول به مع حلف رب المال والأعدار في الشاهد للمحكوم عليه والوكالة لا إعدار فيها كما قدمناه صدر الوكالة في الجملة، ولو كان المتنع يحلف مع الشاهد للزم أن يحلف مع الشاهد من له نفقة واجبة على زيد إن قام له شاهد بدين وغائب، والمصنف لم يذهب في مختصره على أن من له نفع يحلف فإنّه قال صبي وأبوه وإن اتفق أي فإنّه يحلف مع أن الأب له النفع في إسقاط الإنفاق عليه وقف عليه في الشرح تر كلام الناس فيه، وأما الوصية فعلى إرضاع بناته لا تصحّ إلاّ بشاهدين ذكّرين وبمال لزيد فإن زيداً يحلف مع شاهده ويقضى له بها، وكذا إن شهد له امرأتان بذلك، وأما إن شهد له بذلك عدل وامرأتان فتثبت ولا يمين، وأما إن شهد بأنّها للمساكين ولم يشهد بذلك إلاّ عدل أو امرأتان فلا تصحّ لانه لا معين هنا يحلف وامرأتان وعدل تثبت ولا إشكال، وأما الوصية بشراء عبد يعتق ففي ذلك خلاف قف على هذا كله في الشرح. قوله: (والخلع) هذا كالكتابة المتقدمة، فإن ادعت الزوجة الخلع قاصدة طلاقها لذلك فذلك لا بدّ فيه من شاهدين إن أنكر الخلع أصلاً، وأما المال المتعلق بهذا فلا يحتاج رلى عدلين وذلك مبين في شراح المختصر. قوله: (والعق) أي وكذا الشتم للوجب للأدب لا يثبت إلاّ بـعدلين وفي ذلك خلاف لكن المشهور أنه كالقذف مع أن القذف فيه خلاف أيضاً لكن المعروف أنه لا بدّ فيه من عدلين. قوله: (والحرابة) أي إذا أريد إثبات حرابته ليقتل مثلاً. قوله: (والشركة والأجال الخ) الشركة بيع كما في ابن عرفة وغيره فكيف يشترط في ثبوتها عدلان والأجال آيل إلى المال إن كان المؤجل بها مالا مع أن صاحب المختصر مثل بقوله كأجل لما يكفي فيه غير عدلين، والحاصل هذان يثبتان بما يثبت به المال وما هنا لا يظهر أصلاً، وإما ذكره ابن فرحون ولم اتّف على من وافقه ممّن نقل عنه.

ونسب كتابية تديبر مع شرب وقلف وحرابة تبع
وأجل مع قتل عمد شركة إحصال التوكيل والوصية
عفو القصاص وثبوته الولا ورجعة موت كذلك نقل
لجل لحاجب وفرحون لذا تبصرة بشأن قسم قد بدا

التنبيه الثالث: شمل قوله: ورجلٌ بامرأتين يعتضد البيت ثلاثة أنواع الأول: الشهادة على ما ليس بمال، ولكنه يثول إلى المال، ويظهر أن هذا هو منطوق البيت المذكور. الثاني: عكسه وهو الشهادة على المال، ولكنه يثول إلى غير المال، وكان دخول هذا النوع في كلام الناظم من باب لا فارق بينه وبين ما قبله. الثالث: الشهادة على المال المحض، ودخوله في النوع الأول المصرح به في النظم من باب أولى، إذ هو أخف والله أعلم. فمثال الأول: الوكالة، ونقل الشهادة على من شهد بمال، (والشهادة على خط القاضي) إذا كان مضمته مالا، وعلى النكاح بعد موت الزوج أو الزوجة، أو على ميت أن فلانا اعتقه، أو على نسبة أنه ابن فلان، أو أخوه إن لم يكن هناك وارث ثابت النسب، قال الشارح: فأجراها ابن القاسم على حكم الشاهد على المال لما كان المستحق بها مالا، وأبقاها أشهب وعبد الملك على الأصل لأنها ليست على مال كالنكاح وشبهه اهـ، وعلى مذهب ابن القاسم ذهب الناظم. ومثال الثاني: لو شهد رجلٌ وامرأتان أن المكاتب دفع كتابته لسيده، أو شهدوا لرجل أنه باع أمته من ابنها أو زوجها جازت الشهادة، وعنت المكاتب والأمة على ابنها ووقع الفراق بين الزوجين اهـ. قلت: ولا يعمد تخريج الخلاف في هذا النوع من الذي قبله إذ هما من قاعدة واحدة وهي: هل ينظر إلى الحال، أو إلى المال؟ وللمسألة نظائر. ومثال الثالث البيع كان على النقد أو الأجل والقرض، أو القراض، والوديعة، والإجارة، والكفالة بالمال، ودية الخطأ والعمد إذا كان لا قود فيه. الرابع دخل في قوله وفي اثنتين حيث البيت كل ما يفرد النساء بحضوره دون الرجال وذلك مثل: الحيض، (والرضاع) والاستهلال، والولادة، وعيوب الفرج، فتثبت هذه الأشياء بامرأتين عدلتين قال في الرسالة: وشهادة امرأتين فقط فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة، والاستهلال وشبه ذلك جائزة، واختلف في شهادتهما على كون المولود ابنا، ولم يتعذر تأخيرها لشهادة

قوله: (والشهادة على خط القاضي إلخ) انظر الشهادة على الخط مطلقا عند قول المتن «وانهى لغیره» إلخ. وعند قوله: «وجازت على خط مقر» إلى آخر تلك المسائل. قوله: (والرضاع إلخ) قال في المختصر: ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيوب فرج واستهلال وحيض إلخ ولم يذكر الرضاع وقد قال في المختصر في الرضاع: ويثبت برجل وامرأة وامرأتين إن فشا قبل العقد، وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد وبرجلين لا بامرأة ولو فشا إلخ فمر على أنه

الرجال، كما يختلف أيضًا في إرخاء الستر، هل هو مما يختص به النساء أم لا؟.

وواحد يجرى في باب الخبر واثنان أولى عند كل ذي نظر

هذا هو النوع الخامس، مما دخل تحت القسم الأول من أقسام الشهادة، وهو مما يوجب الحق بلايين، وهو خبر المخبر وذلك كالقائف، والموجه من قبل القاضي للتخفيف، والخياره مما أشبهه، وفي علة من أقسام الشهادة مسامحة، (إذ هو من باب الخبر) وهو مغاير للشهادة في حكمه لكونه يكفي فيه الواحد، والشهادة يشترط فيها التعدد، ووجه إدخال الناظم له في باب الشهادة وخصوصًا في القسم الأول منها كونه مثلها يوجب الحق بلايين، مع استحباب التعدد فيه، لقوله «واثنان أولى عند كل ذي نظر» فدخل بهذا الاعتبار مع أقسام سائر الباب. قال ابن رشد: القياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحد، وإن لم يكن عدلاً؛ لأنه علم يؤدبه وليس من طريق الشهادة، كما يقبل قول النصراتي الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب، كالعيوب والجراحات، فاشتراط ابن القاسم فيه العدالة استحساناً. ١ هـ. قال الشارح: والقياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحد، وإن لم يكن عدلاً مع أن ظاهر الروايات اشتراط العدالة، (والذي يتضح) أن العدالة شرط فيمن يقبل قوله من شاهد، أو مؤدّي خبر قائفاً كان أو طبيباً أو سواه، فإذا وجدت العدالة فلا معدل عنها، وإن لم توجد فإن الملامم بتصرفات الشرع، أن هذه الشروط التي هي تكميل للمشروط إذا أعلزت بالجملة حتى يعود اشتراطها على أصلها بالإبطال، فإنها تلغى حيثئذ، كما يقال إن الزكاة شرط في حلية الماكول، فإذا اضطرر المكلف لم يعتبر هذا الشرط، وكذلك ستر العورة في الصلاة، وعدم الماء في التيمم على قول أشهب وما أشبه ذلك، وفي كلام الشيخ أبي إسحاق الشافعي أنه لو فرض ارتفاع العدالة جملةً لكان أمثل من يوجد هو العدل ١ هـ ببعض اختصار.

ويشهد من الصبيان في جرح وقتل بينهم قد اكتفي

ثبت برجلين وذلك هو المشهور كما في ابن فرحون وغيره، وقيل: إنما يكفي فيه أربعة عدول، والحاصل ما في فصل الرضاع يكمل به ما ترك هنا. قوله: (إذ هو من باب الخبر إلخ) الشهادة خبر أيضاً ولكن هذا خبر تقابل به الشهادة وفي الفرق بين هذا الخبر المقابل للشهادة عسر حتى أن الخبر لا يشترط فيه التعدد ولا يبين مع الواحد والشهادة بعكس ذلك مع أن حكم الحاكم يتوقف عليهما، وقد ذكرنا في ذلك تحقيقاً تفصيلياً عليه إن شئت صدر الشهادة وفي....

قوله: (والذي يتضح إلخ) هذا هو الصحيح انظره عند قول المختصر وقبل للتعدّد غير عدول وإن مشركين إلخ، فقول من قال يقبل وإن لم يكن تعدد فذلك غير صحيح واعتراضه على المتن لم يصب فيه.

وشرطها التمييز والذكورة والاتفاق في وقوع الصورة
من قبل أن يفترقوا أو يدخلوا فيهم كبيرٌ خوف أن يبدلاً

هذا هو النوع السادس من القسم الأول من أقسام الشهادة، وهو ما يوجب الحق بلا
يمين، وهو شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع بينهم من الجراح والقتل، فيجوز
ويكتفى من غير يمين ابن الحاجب: وتقبل شهادة المميز من الصبيان بعضهم على بعض في
الذماء خاصة، وعليه إجماع أهل المدينة، وقال ابن أبي مليكة: هي السنة وما أدركت
القضاء إلا وهم يحكمون بها بخلاف النساء في المآثم والأعراس على الأصح. التوضيح:
أي فلا تقبل، والأصح مالمالك ومقابله في الجلاب عن بعض الأصحاب وألحق بالأعراس
الحمام، والفرق على المشهور أن شهادة الصبيان على خلاف الأصل، فلا يصح القياس
عليها اهـ، ولقبول شهادتهم شروط أولها: التمييز فلا يقبل قول غير المميز منهم. (الثاني:
الذكورة) فلا يقبل الإناث منهم على قول مالك في المدونة، وهو الذي اعتمد الناظم.
الثالث: الاتفاق على الشهادة؛ لأن اختلافهم فيها شاهدٌ بدخلة دخلت عليهم في
تحصيلها. الرابع: عدم افتراقهم لأنه مظنة تعليمهم، فإن تفرقوا لم تقبل إلا أن يشهد
العدول على شهادتهم قبل تفرقهم. الخامس: أن لا يدخل بينهم كبير وإن كانوا مجتمعين،
خوف تبديله لهم ما كانوا عملوه، وقد اقتصر الناظم على هذه الشروط الخمسة، وزاد ابن
الحاجب في الشروط. سادساً وهو: أن يكونوا أحراراً فلا يقبل العبيد أشهب: ولا من فيه
بقية رق؛ لأنه إذا لم تجز شهادة كبارهم فأحرى صغارهم. وسابعاً وهو أن يكونوا محكوماً
بإسلامهم قال في البيان: ولا أعلم فيه خلافاً. وثامناً وهو: أن يشهد منهم اثنان فصاعداً
قياساً على الكبار، ولا تجوز شهادة الواحد عند مالك وابن القاسم، ولا تكون معه قسامة
ولا يحلف في الجراح. وتاسماً وهو مختلف فيه: وهو أن لا يكون الشاهد قريباً للمشهود
له ولا عدوً للمشهود عليه. التوضيح: واختار جماعة قول ابن القاسم أي بأن ذلك يقدح؛
لأننا علمنا بالعادة من خيال الأطفال الميل إلى القريب، والبغض للعدو. وعاشراً وهو: أن

قوله: (والفرق على المشهور إلخ) ويزاد بأن اجتماع الصبيان فيه للتدرب على الرمي النافع
في الجهاد وما أشبه ذلك ولا كذلك مجامع النساء ونص الجواهر في ذلك: وإنما جازت هذه
الشهادة لأن الشرع ندب إلى تعليمهم الرمي والثقاف والصراع إلى سائر ما يدرهم على حمل
السلح والطعن والضرب والكر والفر توقيح أقدامهم وتصلب أعضائهم وتعليمهم البطش والحمية
والانفة من العار والفرار إلخ وهذا منه بلفظه. وقوله والثقاف في القاموس امرأة ثقاف كسحاب
فطنة وككتاب الخصام والجلاد إلخ، وأصل ما في الجواهر للقاضي في المعونة ويفهم منها أن
تدريهم على ما ذكر واجب. قوله: (الثاني الذكورة إلخ) هو المناسب لأحد جزأي التعليل المتقدم
قيله.

تكون الشهادة من بعضهم على بعض، فلا تجوز شهادتهم لصغير على كبير ولا بالعكس، خلافاً لابن الماجشون، ويفهم هنا الشرط من قول الناظم «بينهم». قوله «وبشهادة» يتعلق بـ «اكتفي»، و «من الصبيان» يتعلق بمحذوف، صفة لشهادة، و «في جرح» يتعلق بشهادة، و «بينهم» يتعلق بمحذوف، صفة لجرح وقتل فرع قال ابن الحاجب: ولا يقبل رجوعهم، ولا تجريحهم التوضيح: يعني لا يقبل رجوعهم عما شهدوا به، (ولو كان الرجوع قبل الحكم) لأن الظاهر أن ما شهدوا به أولاً هو الحق الواقع، وأما الثاني فمن التعليم، وأما تجريحهم فقال ابن الموار: لم يختلف أنه لا ينظر إلى ذلك؛ لأن رأس أوصاف العدالة عدم منهم وهو البلوغ، اهـ وإلى المسألة برمتها أشار الشيخ خليل بقوله: إلا الصبيان لا نساء في كمرس في جرح، أو قتل، والشاهد حرٌ مميّز ذكر تعدد ليس بعدو ولا قريب، ولا خلاف بينهم وفرقة، إلا أن يشهد عليهم قبلها ولم يحضر كبيراً ويشهد عليه أو كره ولا يقدح رجوعهم ولا تجريحهم.

فصل

ثانيةً توجب حقاً مع قسم في المال أو مال لـلـمال توم
شهادة العدل لمن أقامه وامرأتان قامتا مقامه

هذا هو القسم الثاني من أقسام الشهادة الخمسة، وهي الشهادة التي توجب الحق مع اليمين، وتحت هذا القسم أربع أنواع الأول: شهادة العدل الواحد. الثاني: شهادة امرأتين إذا عدلتا، وعلى هذين النوعين نيه بقول شهادة العدل البيت. النوع الثالث: في قوله: «وها هنا عن شاهد قد يخني» الآيات الثلاثة والرابع: في قوله «وغالب الظن» البيت فإذا شهد عدل واحد في المال، أو في غير المال، ولكنه يشول إلى المال، وحلف الطالب مع العدل فإن الحق يثبت، وقد تقدمت أمثلة ذلك في التنبيه الثالث، إلا أن الكلام ثمة أنسب لكونه ثبت بالعدلين من غير يمين، وهنا لكونها ثبتت بعدل واحد مع اليمين، أو ما يقوم مقام العدل وهو امرأتان مع اليمين أيضاً، وكذلك إذا شهدت امرأتان، أو عدل بما ذكر وحلف الطالب فإن الحق يثبت أيضاً.

قوله: (ولو كان للرجوع قبل الحكم) أي وقد رجع قبل البلوغ وأما بعده وقد عدلوا فيقبل رجوعهم كما في شروح المختصر، وفي ابن الحاجب وغيره يشترط الإسلام أي يكون الصبي محكوماً بإسلامه وذلك صحيح، والشهادة على القتل هنا إما تتم مع تعيين الميت على ما يظهر رجحانه من الأثقال المذكورة هنا، وإن كان ظاهر كلام ابن القاسم يقتضي أن ذلك لا يشترط لأن هذه شهادة ضعيفة، ولا كذلك في شهادة امرأتين بالاستهلال كما فرق به ابن رشد بين المسألتين، والخلاف في هذه الشهادة واسع جداً.

(قال الشَّارح: والحكم بالشَّاهد واليمين) في المذهب المالكي مَتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وفي خارج المذهب خلافٌ ولا داعي لنقله، ثمَّ نقل عن ابن يونس أنَّ رسولَ الله ﷺ قضى بالشَّاهد واليمين^(٢٥) في الأموال دون العتق، والنكاح، والطلاق، والحدود، والعقل (وفي المَرَبِّ) قال ابن القاسم: وإنَّ شهدت امرأتان أنَّ المَيِّتَ أوصى لهذا الرَّجُلِ بكذا حلف مع شهادتهما، واستحقَّ الوصية إنَّ لم يشهد معهما رجلٌ، وشهادة امرأتين، ومائة امرأة في هذا سواء، وفيه قال ابن القاسم: وإنَّ شهدنا لعبدٍ، أو امرأةٍ بمالٍ لهما على رجلٍ حلف مع

قوله: (قال الشَّارح والحكم بالشَّاهد واليمين إلخ) أطال الناس في هذا وجلبوا انقلااً في هذا الخلاف وتقلناه بتمامه عند قول المتن وما ليس بمالٍ إلى آخر تلك المسائل في كتاب الشهادات. قال ابن سهل ما نصَّه: ومن صحَّ نظره في أحوال الناس لم تطلب نفسه أن يقضي إلاَّ بالشَّاهد المبرر في العدالة وهذا منه بلفظه ثمَّ قال: وكان يحيى بن يحيى من أصحابنا لا يقول به. وفي أحكام ابن زياد عن محمد بن بشير القاضي أنه لم يحكم في ولايته باليمين مع الشَّاهد إلاَّ حكماً واحداً. وحكى عبيد الله بن يحيى عن أبيه التَّخيير في ذلك للقاضي، فإنَّ كان ما شهد به الشَّاهد مشهوراً عند الناس أو كان كتاباً قديماً مات شهوده إلاَّ هو قبل اهـ. بلفظه. والذي في نقل ابن فرحون إلاَّ واحداً مبرراً، ثمَّ قال ما نصَّه: وقال ابن لبابة اختلاف العلماء وما ذهب إليه مالك في ذلك معروف وقضائنا لا يرون ذلك وأنا متوقف على الاختيار في ذلك، وقال في نوازل قضية من المعيار. ومثل ابن لب عن الحكم بالشَّاهد واليمين، فأجاب: القضاء بالشَّاهد مع اليمين مختلف فيه بين أهل العلم وقد منعه الحنفية وأجازته المالكية، لكن قال محمد بن عبد الحكم: إنما ذلك في الشَّاهد العدل البين العدالة وحمل على التفسير للمذهب، وقد كان القاضي أبو بكر هنا لا يحكم به إلاَّ مع شاهد مبرر ولا يأخذ مع غيره، أما إنَّ ظهرت ريبة في القضية وكان الأخذ بذلك مؤدياً إلى فسخِّ عقد ثابت الصحة فلا وجه للأخذ بذلك حـ اهـ. بلفظه. وما ذكره ابن لب عن ابن عبد الحكم ربما يدلُّ له كلام ابن سهل وغيره وقد رأيت ذلك، ولكن ظاهر كلام الجمهور من المالكية أنَّ ما قاله ابن عبد الحكم مخالف للمذهب لا تفسير، وإنَّ رأيت ذلك مقولاً في هذا الكلام والناس إنما يحكمون بالعدل مع اليمين، ولم أقف على من قيد كلام أهل المذهب المدونة وغيرها بما ذكره محمد بن عبد الحكم، والإنسان يتخير في أمثال هذه الأمور الصعاب، والواجب المتعين في هذا بحسب ما ظهر لنا من كلام الفحول هو التفصيل، فإنَّ كان المشهود له يمكنه الإتيان بمبرر والحكاية فيها دعوى بسيطة في الجملة والمُدعي له يأنَّ لم يقتنع بغير المبرر وإنَّ كان الإتيان بالمبرر تعذر الدعوى قريبة والمال لم يكثر جداً اكتفى بمطلق عدل، ولو كان مزكى باثنين مبررين،

(٢٥) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٧١٢)، وأبو داود (٣٦٠٨، ٣٦٠٩)، وابن ماجه (٢٣٧٠)، وأحمد في المسند (٢٤٨/١، ٣١٥، ٣٢٣، ٣٤٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٦٧) كلهم من حديث ابن عباس مرفوعاً وفي الباب عن أبي هريرة: أخرجه أبو داود (٣٦١٠)، والترمذي (١٣٤٣)، وابن ماجه (٢٣٦٨)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٧٣)، والبيهقي في السنن (١٠/١٦٨)، وفي الباب عن جابر أخرجه الترمذي (١٣٤٤)، وابن ماجه (٢٣٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٧٠، ١٧٢).

شهادتهما، وإن شهدتا لصبي* لم يحلف حتى يكبر وقال ابن عرفة: إن اليمين مع الشاهد في الحقوق المالية كشاهدين. وفي الموطأ: قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد (٢٦)، ومن المدونة قال مالك: ومن أقام شاهداً على رجل أنه تكفل له بما على فلان حلف مع شاهد، واستحق الكفالة قبله؛ لأن الكفالة بالمال إنما هي مال مثل: الجرح الذي لا قصاص فيه إنما هو مال.

فرع: ويتحصص من قضي له في دينه بشاهد ويمين، مع من قضي له بشاهدين. فرع: من له حقان في كتابين قام له بكل حق شاهد، فليس نكوله عن أحدهما يسقط حقه في الآخر.

(فرع: في سماع عيسى) عن ابن القاسم: من أقام شاهداً على أن القاضي قد قضى له، فلا يحلف مع شاهد، ولا يجوز في ذلك إلا الشاهدان؛ لأنه من وجه الشهادة على الشهادة، والشهادة على قضاء القاضي شهادة على شهادة. ١ هـ ولعل وجه ذلك أن مستند حكم القاضي هو شهادة الشهود، فالشهادة على الحكم شهادة على مستنده.

ولكن قلت الأمانة وضعت الديانة فأين الفصل المتبر لما ذكرناه فإله يسامح الجميع. وإذا كان ما قاله ابن سهل في أحوال أهل زمانه فكيف بأحوال أهل زماننا؟

قوله: (فرع في سماع عيسى إلخ) هذا خلاف المذهب بل حكم القاضي يثبت بشاهد ويمين وهو قول مطرف وأصيب وهو ظاهر المدونة ومقابله بعيد بل المشهور هو الشبوت، وكلام ابن الحاجب معترض وكذا من تبعه كالمواق وغيره، ولذلك قال في المختصر عاطفاً على ما يكتفي فيه الشاهد واليمين أو بأنه حكم له به إلخ، نعم الشهادة على خط القاضي في الإنهاء لا بد فيه من شاهدين على خلاف في ذلك، والله در صاحب الشامل في هذا حيث قال: وكذا بأن القاضي قضى عليه بمال وشهر خلافه وأنكر تشهير ابن الحاجب بعدم الكفاية وهو تابع للتوضيح، والحاصل ما اقتصر عليه هذا الشارح ليس هو المذهب بل المذهب هو ما في المختصر وكان هذه خفلة منه سامحه الله تعالى، ولكن تبع ابن الناظم وابن الناظم ساق المسألة عن ابن القاسم ولم يذكر تشهيراً وإنما حكى ما ذكر فخف أمره، والمنكر للتشهير المذكور هو ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة عن ابن رشد أثناء كلام في المسألة ما نصه: قوله أي ابن القاسم إن القاضي له لا يحلف مع شاهده على أمر القاضي وقضائه هو على خلاف أصله في المدونة. ثم قال في الواضحة: إن حكم الحاكم لا يستحق باليمين مع الشاهد وهو تأويل بعيد، وظاهر المدونة أنه يستحق بهما وهو قول مطرف وأصيب، ويجوز فيه على قول ابن القاسم شاهد وامرأتان إلخ، وانتظر تمام الكلام على المسألة في الشرح.

(٢٦) [حديث صحيح]: أخرجه الترمذي (١٣٤٥)، وابن ماجه (٢٣٦٩)، ومالك في الموطأ (١٤٦٨).

(تنبيه: قال الشارح): نقص النّظام ممّا عدّه الجزيريّ والمتيطيّ تحت هذا القسم شهادة غير العدل في إجابة القسامة ممّا في رواية أشهب عن مالك، والجواب أنّه اكتفى بذكر ذلك في أحكام الدّماء، فأغناه ذلك عن ذكره هنا قصداً للاختصار. اهـ. يعني ذكره في قوله ومالك فيما رواه أشهب قسامةً بغير عدل يوجب وفي هذا الجواب ما لا يخفى لأنّ المقصود في هذا المحلّ جمع النّظائر، وهي أوجه للشّهادة التي يشبّث بها الحقّ مع اليمين، فعدم ذكر بعضها في هذا المحلّ وإن ذكر في موضع آخر يفيت المقصود المذكور والله أعلم. ولو أجاب بكونه على غير المشهور لكان أقرب على أنّ جمع النّظائر لا يقتصر فيه على المشهور.

وها هنا عن شاهدٍ قد يغني إرخاء سترٍ واحتياز رهن
واليد مع مجرد الدّعوى أو ان تكافات بيّتان فاستين
والمدّعى عليه بأيّ القسم وفي سوى ذلك خلفُ علما
ولا يمين مع نكول المدّعي بعد ويقضى بسقوط ما ادّعي

هذا هو النوع الثّالث من الأنواع الأربعة المندرجة في القسم الثّاني من أقسام الشّهادة، وهو الذي يوجب الحقّ مع اليمين، وهو الشّاهد العرفي، ومثّل له بأمثلة خمسة: الأوّل: إرخاء السّتر، والمراد به إذا خلا الزّوج بزوجه خلوة اعتداء أي خلّي بينه وبين امرأته، فأدعت المسيس وأنكره، فإنّ القول قولها ولها الصّدق كاملاً، قال في التّوضيح: والتّخليفة بين الزّوج وزوجه هو مراد علمائنا بإرخاء السّتر، وليس المراد إرخاء سترٍ ولا إغلاق باب، قاله ابن أبي رمنين، ثمّ قال في توجيه كون القول قول المرأة: لأنّ الحامل على الوطء أمرٌ جبليّ؛ لأنّ العادة أنّ الرجل إذا خلا بامرأته أوّل خلوة، مع الحرص عليها والتّشوّف إليها قلّ ما يفارقها قبل الوصول إليها. اهـ. فأرخاء السّتر قائم للزّوجة في دعوى المسيس مقام الشّاهد، فتحلف معه وتستحقّ الصّدق كاملاً، (ولا فرق على المشهور) في كون القول قولها بين أن يقوم بها مانع شرعيّ كان تكون محرمةً بحجّ، أو عمة، أو تكون حائضاً أو في نهار رمضان أو لا، قال في التّوضيح: ورأى بعضهم أنّها لا تصدّق مع المانع الشرعيّ إلاّ على من يليق به ذلك، وأمّا الصّالح فلا.

قوله: (تنبيه: قال الشارح إلخ) لكن كلام أشهب هو المذهب بل المذهب أن القسامة إنما تكون مع العدل خلاف ما يوهمه كلام الشارح، انظر عند قول المختصر: وكالعدل فقط في معابة إلخ آخر كتاب الشهادات، ولعل هذا هو الذي أوجب ترك صاحب التحفة لهذا لأنه أراد أن جمع النّظائر المشهورة إذ ذاك هو الذي تكثر فائدته. ثم ذكر ذلك في باب بيان الخلاف، مع أن صاحب التحفة مقصده الأعظم هو تبين الرّاجح وما به العمل كما هو معلوم، وقد أشار لهذا هذا الشارح آخر كلامه. قوله: (ولا فرق على المشهور إلخ) هذه المسألة هي قول المختصر في فصل الصّدق

(فرع: قال ابن الحاجب): وكذلك المغصوبة تحمل بيّنة وتدعي الوطء، لها الصّدق كاملاً ولا حدّ عليها. قال في التّوضيح: لها الصّدق كاملاً يمين قاله في الواضحة (وعن مالك في التي تملقت) برجل وهي ترى أنّ لها الصّدق بغير يمين، واستحسنه اللّخمي، واختار ابن يونس وغيره الأوّل، وإنّما ثبت الصّدق ولم يثبت الحدّ؛ لأنّ الشّرع جعل لإثبات الحقوق الماليّة طريقاً غير طريق إثبات الزّنا، (ويكفي في البيّنة) التي تشهد باحتمال المغصوبة اثنان. ١ هـ. المثال الثّاني: من أمّثال الشّاهد العرفي (حوز المرتهن) للرّهن فإنّه كالشّاهد في قدر الدّين، فيحلف المرتهن ويكون له ما قال قال في المدوّنة: قال مالك: وإذا اختلف الرّاهن والمرتهن في مبلغ الدّين فالرّهن كشاهد للمرتهن إذا حازه وثيقة، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتّداعي لا يوم التّراهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صلّق المرتهن مع يمينه. قال ابن المؤاز: وإن كان الرّهن يساوي ما قال الرّاهن فأقلّ لم يحلف، إلّا الرّاهن وحده. ١ هـ. المثال الثّالث: للشّاهد العرفي اليد مع مجرد الدّعوى أي: الحوز من غير معارض له أو، الحوز مع تكافؤ البيّتين كمن كان حائز لدار مثلاً، يتصرّف فيها (تصرّف المالك في ملكه) فقام عليه من ادّعى ملكيّتها ولا بيّنة لهذا القائم، أو أقام كلّ منهما بيّنة فتساقطت البيّتان عند المساواة وتصيران كالعدم، ويزيد الحائز بحوزة فيصير الحوز له كالشّاهد، فيحلف معه ويستحقّ ابن الحاجب: واليد مرجّحة عند التّساوي مع اليمين على المشهور، التّوضيح: يعني إذا تعارضت البيّتان وتساوتا فإنّهما يسقطان ويبقى الشّيء بيد حائزه، هذا هو المشهور. ١ هـ. وفي الشّارح: قال ابن يونس: وإذا تكافأت البيّتان سقطتا، ويبقى الشّيء بيد حائز، ويحلف وإنّما يحلف؛ لأنّ البيّتين لما سقطتا كأنّهما لم يكونا، وبقيت الدّعوى، فوجب على المنكر اليمين لقوله عليه الصّلاة والسلام «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» (٢٧) هـ. وإلى هذا المثال أشار بقوله: «واليد مع مجرد الدّعوى» البيت فلفظ البيت

وصدقت في خطوة الاحتذاء وإنّ بمانع شرعي إلخ. قوله: (فرع قال ابن الحاجب) انظر عند قول المختصر في فصل العدد أو غاب غاصب أو ساب إلخ: قوله: (وعن مالك في التي تملقت إلخ) انظر عند قول المختصر آخر كتاب الغصب: وإن ادّعت استكراهاً إلخ تر العجب في المسألة وتفاصيلها. قوله: (ويكفي في البيّنة إلخ) يظهر أنّ الصّدق يثبت بشاهد ويمين أو امرأتين وشاهد لأنه محض مال كما تقدّم في نظائره وإنّما يحتاج إلى شاهدين باعتبار تعزيره والاستبراء إلى غير ذلك، وهذا أمر ظاهر عند من فهم ما تقدّم. قوله: (حوز المرتهن) هو قول المتن وهو كالشّاهد في قدر الدّين لا العكس إلى قيمته ولو بيد أمين على الأصحّ ما لم يفت، وبه تفهم أنّ المراد بالحوز ما يشمل ما تحت يد الأمين، والمسألة فيها تفاصيل طويلة بينها الرّجراجي في مناهجه وكتبناها في شرحنا والحمد لله. قوله: (تصرف المالك في ملكه إلخ) ظاهره أنّ هذا حوز عشر

(٢٧) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٥١٤، ٢٦٦٨)، ومسلم (١٧١١)، وأبو داود (٣٦١٩)، والترمذي (١٣٤٢)، والنسائي (٥٤٤٠)، وابن ماجه (٢٣٢١)، وأحمد في السند (٣٤٢/١، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٦٣).

وإن شمل صورتين فهما في المعنى صورة واحدة؛ لأنه إذا تكافأت بيّنة القائم والحائز يتساقطان، ويصيران كالعدم فتشكّل ثانية الصورتين إلى أولاهما فقوله: «أو أن تكافأت» «أن» المفتوحة الهمزة مصدرية، والمصدر المنسبك منها ومن مدخولها معطوف على مجرد أي مجرد الدعوى، أو مع تكافؤ البيّتين، ويقرأ بنقل حركة الهمزة إلى الواو قبلها، فتكون الواو مفتوحة. المثال الرابع إذا عجز المدعي عن البيّنة، وتوجّهت اليمين على المدعى عليه فامتنع منها، (فإن امتناعه ونكوله كالشاهد) فيحلف معه المدعي ويستحق، وإلى هذا المثال أشار بقوله: والمدعى عليه البيت يعني: وحلف المدعي، ولا بد من هذا العقد. ابن شاس: الركن الرابع النكول، ولا يثبت الحق به بمجرد ولكن تردّ اليمين على المدعي إذا تمّ نكول المدعى عليه، فيحكم القاضي بنكوله، فإن قال بعد ذلك أحلف لم يقبل منه. ابن الحاجب: النكول يجري فيما يجري فيه الشاهد واليمين، ونقل الشارح عن ابن يونس قال في كتاب ابن سحنون: قال مالك، وأصحابه: لا يجب الحقّ بنكول المدعى عليه حتى يردّ اليمين على المدعي فيحلف، ولم يختلف في هذا أهل المدينة. وبه حكم أئمتهم اهـ. قوله «وفي سوى ذلك خلف علما» يعني أنّ سوى ما ذكر من أمثلة الشاهد العرفي (وذلك كمعرفة العفاس) والوكاء في اللفظة، (ومن كان له القمط والعقود) في الحيطان، (ومن

سنتين الذي يفوت به الملك عن ربه وهو المشار إليه بقول المختصر: وإن حار أجني إلخ وحلف هنا فيه خلاف قوي وتفصيل طويل ولكن الراجح هو اليمين، وما في الخطاب يدل على أنه لم يحط بالمسألة، وإذا ثبت فالخود عشر سنين مع سكوت المالك بلا مانع هو كالشاهد الحسي، فالحلف هنا مع الشاهد العرفي الشبيه بالحسي فاندرجت المسألة في القاعدة. قوله: **(فإن امتناعه ونكوله كالشاهد إلخ)** أي وقيل هو كالإقرار وعليه اختلف هل يقرم المدعى عليه بنفس النكول لأن نكوله إقرار أو نكوله شاهد عرفي فلا بدّ من اليمين معه وهو الذي أشار إليه في المختصر بقوله: وإن نكل في مال وحقه استحقّ به يمين إن حقق إلخ، ووجه اليمين أيضاً قول صاحب المعونة بعد كلام في المسألة ما نصّه: ولأن الأصول موضوعة على أمر لا يحكم للمدعي بسبب واحد وإنما يحكم بسببين كشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فهو سبب واحد فلا بدّ أن يضاف إليه غيره وذلك هو يمين المدعي إلخ، ولكن لا يلزم بهذا من يقول إن النكول بمنزلة الإقرار فافهم به وتفهم ما تكمل به المسألة. قوله: **(وذلك كمعرفة العفاس إلخ)** الراجح في هذه الأمور هو اليمين لأن معرفة العفاس والوكاء وقد قال فيه في المختصر ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وصلده بلا يمين فرتب نفي اليمين على ثلاثة لكن كلامه موهم باعتبار اليمين، والمذهب أن كل صفة استقلت بدفع اللفظة لواصفها فلا يمين مع ذلك والخلاف في ذلك قوي ومفصل وذكرنا ذلك في الشرح فقف عليه إن شئت. قوله: **(ومن كان له القمط والعقود إلخ)** هذا فيه اليمين ويبيّن ذلك غاية عند قول المتن: وبإعادة الساتر في فصل الشركة. وقوله: **(ومن ادعى ما يشبه إلخ)** قال في المختصر: وصدق مشتر ادعى الأئمة وحلف إلخ أي وكذلك

ادعى ما يشبه) في البيوع وسائر المعاوضات، (وما يعرف للزوج) أو الزوجة من متاع البيت عند تنازعهما فيه، وما أشبه ذلك، (وهذا هو المشهور) وأنّ الشاهد العرفي يقضى به مع اليمين، (وانظر مقابل) هذا القول هل هو إلغاؤه، وعدم اعتباره أو غير ذلك، لم أقف الآن فيه على شيء والله أعلم. والذي نقل أهل القواعد أنّ الشاهد العرفي قيل هو كالشاهد الواحد، فيحلف معه ويستحقّ وهو الذي عند النّاظم هنا، وقيل هو كشاهدين فيثبت به الحقّ من غير يمين، فقوله: «ولا يمين مع نكول» البيت لما قدّم أنّ المدعى عليه إذا نكل عن اليمين، فإنّ المدعى يحلف ويستحقّ، ذكر في هذا البيت حكم ما إذا نكل المدعى عن اليمين بعد نكول المدعى عليه، وهو سقوط الدعوى فقوله: «ولا يمين (أي: لا يمين على المدعى عليه) مع نكول المدعى الكائن بعد نكول المدعى عليه، بل يقضى بسقوط الدعوى.

وغالب الظنّ به الشهادة بحيث لا يصحّ قطع عادة

هذا هو النوع الرابع ممّا اندرج تحت القسم الثاني، من أقسام الشهادة وهو ما يوجب الحقّ لكن مع اليمين، وذلك حيث يكون مستند الشاهد في شهادته عليه الظنّ في المحلّ الذي لا يصحّ القطع فيه عادة، أو يعسر بالنسبة للمخالف المطلق على باطن حال المشهود فيه وذلك كالشهادة بالفقر لمن طولب بدين مع إمكان أنّ له مالا أخفاه، إذا ريت عليه مخايل الفقر: كالصبر على الجوع، والبرد وغير ذلك ممّا فيه ضرر، (وكالشهادة باستمرار) ملك من

البائع إنّ أشبه وحده كما في شروحه. وقوله: (وما يعرف للزوج إلخ) هذا قال فيه في المختصر وفي متابع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط يمين وإلا فله يمين، وقال أيضاً: وفي قبض ما حلّ بقبل البناء قولها وبعده قوله يمين فيهما، وهذا من هذه القاعدة وإن لم يذكره هذا الشارح. قوله: (وهذا هو المشهور) رأيت كلام الناس فيما تقدم. قوله: (وانظر مقابل إلخ) هذا كلام من لم يقف على كلام الناس وذلك أن مقابلي المشهور في هذه الأمور هو عدم اليمين بلا توقّف ولا شك، انظر المحال عليها يظهر لك ذلك غاية، وحاصل هذا المذهب هو وجوب اليمين مع الشاهد العرفي كالشاهد المحسوس إذا عرض عارض. كما في معرفة الغفاس والوكاء، فإن عدم اليمين في ذلك هو أنّ الحديث ذكر دفعها لمن عرفها ما ذكر، ولم يذكر يميناً مع كون المدعى لها لا مكذب له فافهم. قوله: (أي لا يمين على المدعى عليه إلخ) وهذا صحيح ونقله صاحب التوضيح وغيره، ووجه ذلك إن نكول تصديق للمدعى عليه، وفي المختصر قال: وإن نكل ما في مال إلخ.

قوله: (وكالشهادة باستمرار إلخ) قال ابن عرفة حين عدّ أموراً من هذا المسائل ما نصّه: ومنه الشهادة بالملك فإنه لا يقطع به، وقول بعضهم يقطع به في صيد صيد بمعاينة شهيد به وما غنم بمعاينتهما معترض لجواز كونه ند عن قرب من ربه وكون الغنيمة مال مسلم. قلت: وصورة بعضهم بملك مشتر لقطعة لشهادة الشاهدين على التقاطعها وتعريفها ستة وبيعها بإذن الإمام اهـ. بلفظه، ولكن يتصور للملك حقيقة على سبيل القطع إذا عاين شاهد أن رجلاً في لجج البحار ناصباً

له ملكٌ ادعى عليه تفويته ببيع أو غيره، مع إمكان أن يكون قوته خفيّة، وهو ما زال تحت يديه كما كان، وكالشهادة (بضرر الزوج بزوجه) إذا ظهرت مخايل من تكرّر شكواها به للأقارب والجيران، مع إمكان كذبها، وأنها تريد فراقه إلى غير ذلك مما يشبه، فيجوز للشاهد في مثل ذلك أن يشهد، ويعتمد على غلبة الظنّ ويحلف صاحب الحقّ ويثبت له، ولا شكّ أنّ القاعدة في الشريعة من أقام بينةً يثبت بها الشيء المتنازع حكم له فيه بها من غير بين، لكنّ ذلك فيما تشهد فيه البينة بالقطع، أمّا ما شهدت فيه بظاهر الحال معتمدةً على الظنّ لتعذر القطع بذلك، أو عسره فلا بدّ من بين الطالب، استظهاراً على باطن الأمر. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في التّقليد فإن شهد بإعساره حلف، وانظر ما نصّه هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بينته، كدعوى المرأة على زوجها الغائب الثّقة، والقضاء على الغائب، (وضابطه) كلّ بينة شهدت بظاهر الأمر، فيستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر. ١ هـ وقال الشارح: وحكى المازري عن محمد بن عبد الحكم في الشهادة بالزّوجيّة، إذا رأى إنساناً يحور امرأة، ويشتمل عليها اشتمال الأزواج فيشهد بذلك، وإن لم يوجب حين التّزويج قال المازري: وهذا نوعٌ آخر كأنه خارجٌ عن شهادة السّماع وإنّما يتطلّب فيه الظنّ المزاحم للعلم، والقطع اليقيني بقرائن الأحوال، كما تكون الشهادة بالفقر للفقير، فإنّ الشهود بفقر من طوب بدين لا يقطعون بصحة ما شهدوا

إنّاه حتى امتلأ ماء من المطر إلى غير ذلك ممّا يكثر، فتُمثّل هذا الشارح باستمرار الملك خبير ظاهر، وإنّما حَقّ أن يمثّل بأن هذا ملك فلان اعتماداً على مضمون قول المتن وصحة الملك إلخ، وبيان ذلك أن ابن عرفة قال هنا الشاهد يشهد بالجزم ونصّه قلت وهذا الظنّ الناشئ عن القرائن إنّما هو كاف في جزم الشاهد بما به يشهد على وجه البت ولو صرح في أدائه شهادته بالظنّ لم تقبل إلخ، وهذا منه بلفظه، ولكن كلام ابن عرفة فيه ما فيه إذ لا يتأتّى في جميع هذه الأمور بدليل ما تراه هنا من الشهادة بالإعسار فإنّ الشهود يقولون لا نعم له مالا إلخ، ولكن هذه شهادة بانتفاء فافهم، ولكن هذه مسائل فيها خلاف من جهات شتى، والملك تشهد البينة فيه أنّه ملك فلان، ولذلك يحلف المستحقّ أنّها لم تخرج عن ملكه لا أنّها ملكه، لأنّ البينة خربت بذلك فلا تحتاج إلى تقوية ولا كذلك لم تخرج عن ملكه إنّما هي بحسب ما في عملهم، وبينّا هذا فيمن استحقّ شيئاً وأشار إليه ابن سَلْمُون فافهم هذا، ولكن هذه أمور صعب لا تفهم إلّا بالوقوف على كلام الناس فانظروا إن شئت عند قول المختصر: واعتمد في إعسار إلخ في فصل الشهادة وعند قوله وصحة الملك إلخ، وأفراد كثيرة غاية من هذا القليل في الملل الأول، وانظر عند قوله: وإن شهد بعسره في فصل الفلاس، وعند قوله ورد المال في فصل الخلع، ولا يمكن فهم ما أشرنا إليه إلّا بمطالعة ما ذكرناه والعلم عند الله. قوله: (بضرر الزوج بزوجه إلخ) هذا يكون على سبيل القطع في بعض صوره كما إذا سمع تكرره لسيها السب الذي لا يكون للآداب، أو رآه يضربها الضرب الذي لا يكون للآداب وبينّا في الملل المشار إليه. قوله: (وضابطه إلخ) هذا فيما يمكن أن يكون

به، لجواز أن يكون له مال أخفاه لا يعلم به إلا الله سبحانه، لكن إذا بدت قرائن الفقر، والإعسار، والصبر على ضرر الجوع في الشيء الذي لا يصبر عليه إلا الفقراء هذا يدركه المخاطل للإنسان المطلع على باطن حاله، فالتعديل في الشهادة على قرائن الأحوال. قال الإمام أبو إسحاق الشاطبي: الأصل في الشهادة أن لا تكون إلا عن قطع لا تردد فيه، لكن إن لم يكن ذلك فلا بد من التزلز إلى ما دون ذلك من الظن الغالب؛ لأن الاستناد إليه ضروري أصله شهادة الشهود عند الحاكم، فلما لا تفيد في الغالب إلا الظن، وهي يقضى بها إذ لا يتأتى غير ذلك في مجاري العادات، فالشهادة إذا لم يتأت فيها القطع، واقتضت المصلحة إعمالها فلا بد من ذلك. ١ هـ. تنبيه: قال الشارح - رحمه الله - : وفي عد هذا النوع وما قبله مما تحت هذا القسم مسامحة، درج عليها المتيطي فمن دونه من أصحاب كتب الأحكام، وإياهم تبع الشيخ في ذلك.

فصل

ثالثة لا توجب الحق نعم توجب توقيفاً به حكم الحكم
وهي شهادة بقطع ارتضي وبقي الإعتار فيما تقتضي
وحيث توقيف من المطلوب فلا غنى عن أجل مضروب

هذا هو القسم الثالث من أقسام الشهادة الخمس، وهي التي توجب الحق لا من غير يمين كالقسم الأول، ولا مع اليمين كالقسم الثاني، وإنما توجب توقيف الشيء المتنازع فيه، (وذكر في هذا الفصل) ثماني مسائل: التوقيف فيما شهد به عدلان، وبقي الإعتار للمشهود عليه، وضرب الأجل فيه، وكيفيته في الأصول، وتوقيف الأصول بشهادة العدل الواحد إلى كمال الشهادة إلى أن يقدر المشهود عليه، وحيث يستحقه ظاهراً، وكيفيته أيضاً وما يفعل بالغلة زمن الإيقاف، والتوقيف فيما شهد به رجلان ينظر في تزكيتهما، والتوقيف

المشهود له يعلم الباطن ككونه لم يبع الدابة ولم يفوتها، وأما فيما إذا حلف مع بيعة عسره ففي ذلك كلام طويل وخلاف قوي، قال في المختصر: وإن شهد بعسره أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن حلف كذلك أي لا يعلم أن له مالا إلخ، وعللوا ذلك باحتمال أن يوهب له مال مثلاً لم يعلم به ولا يحلف على البت حتى قال ابن سلمون: حلفه على البت خطأ، ولكن نقلنا في هذا المحل أن المذهب هو حلفه على البت ولا عبرة بكلام ابن سلمون، قف على كلام الفحول فيه إن شئت.

فصل

قوله: (وذكر في هذا الفصل) حاصل ما وقفنا عليه من كلام الناس أن العدلين يوقف معهما

فيما يسرع له الفساد، إمّا للإعذار أو لتزكية الشهود، أو لتكميل نصاب الشهادة، والتوقيف لغير ذلك من إقامة البيّنة عند ظهور مخاليل الصدق فقوله: «وهي شهادة البيت هو إشارة

العقار وغير العقار بالفضل ونحوه والعروض بالوضع تحت يد أمين، والعدل الواحد توقف معه العروض والحيوان أيضاً وفي العقار لا، وقيل يوقف العقار به بالفضل كما يوقف بالعدل بالفضل ونحوه، وأما منع العقار من البيع ونحوه بالعدل فلا إشكال في ذلك، والقول هنا أن العدل كالعدلين قوي وأقوي به، ولكن في ابن سهل الذي به عمل بلدنا إمّا الوقف بعدلين وحيازتهما أي في العقار على الوجه التام لا المنع من البيع ونحوه فقط فإن ذلك يكون بالعدل ولا إشكال، والحيوان كالعروض هنا، واثنان يزكيان بمنزلة العدل الواحد يوقف به العقار على الوجه المذكور وهو المنع من البيع ونحوه يوقف بهما العروض والحيوان، وأما الشاهد الواحد الذي تطلب تزكيته فقال فيه عبد الحق في نكته هو بمنزلة الشاهدين اللذين تطلب تزكيتهما في بيع ما يخاف فسادَه إلخ، فيكون وقف العروض به ونحوها ومنع البيع من البيع ونحوه أخرى، لأن البيع أشد من الوقف المذكور إلى أجل من أن الثمن يمتنع منه في بيع ما يفسد، وهذا هو الذي يقتضيه كلام ابن الحاجب وغيره، وإن كان كلام ابن سهل ظاهره لا وقف مع الشاهد الذي تطلب تزكيته، والعدل الواحد تقدم الإيقاف به في العروض والحيوان، وفي العقار على وجه المنع من البيع ونحوه، وهذا الإيقاف مع العدل للإتيان بعد آخر، وأما إن أراد الحلف معه فإنه يأخذ ما شهد له به إن حلف لأن لهذا مال، وإن امتنع من الحلف فيما يفسد سقط حقه إن قال لا أحلف، ولكن إن وجدت آخر ثبت حقي وإلا أسقط، وأما إن قال أرجو آخر فإن لم أجده حلفت مع هذا فإنه يباع ما يفسد ويوقف ثمنه، والشاهد الذي تطلب تزكيته إن قال أنا أركبه بيع معه ما يفسد ووقف الثمن كالعدل الواحد، وإن لم يقل أنا أركبه فلا بيع فيما يفسد، ولا وقف به في غير ما يفسد، وإذا شهد له عدلان وبقي الإعذار بيع ما يفسد ووقف ثمنه للإعذار، وهذا كله إذا كان الفساد يتوقع قبل الإتيان بالحجة وإلا فيوقف نفسه ولا بيع، وملخص هذا أن العدلين يوقف بهما العقار التوقيف التام، ويزال بهما العروض والحيوان، والعدل الواحد يوقف به ما لا يفسد من حيوان وعروض وعقار الوقف غير التام ويبيع له ما يفسد إن لم يرد الحلف بالكلية، والشاهد الذي تطلب تزكيته كالعدل إذا قال من أتى به أنا أركبه في جميع أحواله إلا في بيع ما يفسد، وقد ذكر الوقف بالواحد المجهول ابن رشد وأبو الحسن وابن الحاجب وغيره وبه تعرف ما يقتضيه كلام ابن النازم، وإذا ثبت هذا فأحرى الشاهدان اللذان تطلب تزكيتهما أن يكونا كالعدل إذا قال من قام بهما أنا أركبهما إلا في بيع ما يفسد أيضاً وإلا فلا عبرة بهما، والشاهد الذي تطلب تزكيته وقع خلاف في الوقف به فقال غير واحد يوقف به، وقال غير واحد لا وقف به، ولعل من قال يوقف به أراد إذا قال أركبه، ومن قال لا وقف لم يرد تزكيته، وزيادة هذا المطلوب تزكيته واحداً كان أو اثنين كالعدل في وقف العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام، وفي بيع ما يفسد إن أريد تزكيته من ذكر وإلا فلا عبرة بمن ذكر، والعدلان الوقف بهما مطلقاً والعدل الواحد يوقف معه العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام ويبيع به ما يفسد إن لم يمتنع من اليمين معه بالكلية، فقول

إلى المسألة الأولى من الشَّمان يعني: أنَّ من شهد له عدلان باستحقاق شيءٍ مثلاً، وبقي الإعذار فيهما للمشهود عليه فإنَّ هذه الشَّهادة لا توجب له ما شهدا له به، وإنَّما توجب توقيف الشيء المتنازع فيه إلى أن يعذر للمشهود عليه، وحيثُ يستحقُّه المشهود له، وإذا وقف الشيء المتنازع فيه فلا بدَّ من ضرب أجلٍ لذلك للضَّرر الذي يلحق صاحبه، فإنَّ تمت الشَّهادة في الأجل المضروب أخذه المشهود له، وإلا بقي بيد صاحبه، ويأتي تفسير التوقيف ما هو قال في الفصل الرابع من القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون: واعلم أنَّ الاعتقال والتوقيف لا يكونان بمجرد دعوى الخصم في الشيء المدعى فيه، ولا يعقل على أحد شيءٍ بمجرد دعوى الغير فيه حتَّى ينضمَّ إلى ذلك سبب يقوِّي الدعوى، أو لطخ والسبب كالشَّاهد العدل أو المرجو تزكيته، واللَّطخ الشَّهود غير العدول، وإذا ثبت هذا فلاعتقال في الرِّبع على وجهين: الأوَّل: عند قيام الشبهة الظَّاهرة، أو ظهور اللَّطخة فيريد المدعي توقيفه ليثبته، فالْتوقيف هنا بأن يمنع الذي هو في يديه أن يتصرَّف فيه تصرُّفاً يفيته، كالبيع والهبة، أو يخرجَه عن حاله كالبناء، والهدم، ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه. الثَّاني: بعد أن يثبت المدعي دعواه في ذلك بشهادة قاطعة، وكان الرِّبع على ما يجب ويدعي المستحقَّ من يده مدفعاً فيما قامت به البينة للمدعي، فيضرب للمستحقَّ منه الأجل، ويوقف المدعي فيه حيثُ بأن ترفع يد الأوَّل عنه فإنَّ كانت داراً غلقت بالقفْل، أو أرضاً منع من حرثها، أو حائطاً له خراج وقف الخراج، ويؤمر بإخلاء الدَّار من نفسه ومتاعه ويؤجل في إخلاء ذلك ثلاثة أيَّام ونحوها، فإنَّ سأل الموقوف عليه أن يترك في الدَّار ما ينقل عليه إخراجَه أجابه الحاكم إلى ذلك، وبهذا جرى عمل سحنون. ١ هـ وقد تلخَّص من كلام التبصرة أنَّ التوقيف يختلف باختلاف سببه، وعليه ذهب النَّاظم - رحمه الله - فإنَّ كان سببه شهادة عدلين، ولم يبق إلا الإعذار، فإنَّ التوقيف يكون برفع يد حائزه عنه وغلقه ونحوه ممَّا يذكر في الآيات الأربع بعد هذين، فهو تفسيرٌ للتوقيف المتقدِّم قريباً في قوله: توجب توقيفاً وإنَّ كان سببه شهادة عدل واحد فإنَّ الإيقاف يكون بمنع صاحبه من تفويته بيع أو غيره، ومُن إخراجَه عن حاله بهدم أو بناء، ولا ترفع يد حائزه عنه، ولذلك قال النَّاظم: حيث تكون العقلة بشاهد واحد «ولا يزال من يد بها ألف» وفهم من إغلاق النَّاظم أنَّ هذا الحكم جارٍ في الأصول وغيرها، ولذلك - والله أعلم - قال بعد: «وشاهد عدل به الأصل وقف» فخصَّ ذلك بالأصل فيفهم منه أنَّ ما قبله عامٌ في الأصل وغيره

صاحب التحفة يوقف الفائد لا الأصول في اللذين تطلب تزكيتهما لم أقف عليه عند غيره، وإمَّا كلام ابن عرفة وغيره يدل على أنَّهما كالعدل، وممَّا يدلُّ على ذلك ابن النَّاظم لم ينسب ذلك لأحد من العلماء وكذا من شرح معه، وإذا ثبت هذا فقول هذا الشارح ولم يبق إلا الإعذار إلخ لم يبين هل الإعذار قبل التوقيف أو بعده، وفي طرر ابن عات: الشيوخ يرون العقلة قبل الإعذار، وابن سهل يرى الإعذار قبلها إلخ، والذي يفهم هو ما قاله الشيخ وهو الذي يدل عليه

والله أعلم. وقوله في التَّصَرُّع في الوجه الثاني: ويدَّعي المستحق من يده مدفوعاً إلخ
ولاحتمال ثبوت هذا المدفع احتيج إلى التَّوْقِيف إلى أن يقع الإعذار للمشهود عليه، وأنه لا
مدفع له، وقوله: به حكم الحكم خيرٌ ومبتدأً والجملة صفةٌ لتوقيفاً، والرَّابِط ضميرٌ به أي:
توقيفاً محكوماً به، وشهادة القطع يقابلها شهادة السَّماع. وقوله: وحيث توقيفٌ من
المطلوب أي: حيث طلب التوقيف فلا بدَّ فيه من ضرب الأجل، وتقدّم في كلام التَّصَرُّع
فيضرب للمستحق منه الأجل إلخ.

ووقف ما كاللِّدَّور قفلاً مع أجل لنقل ما فيها به صحَّ العمل
وما له كالفرن خرجٌ والرَّحَا فقيه توقيف الخراج وضحا
وهو في الأرض المنع من أن تعمرا والحظ أن يكري ويوقف الكرا
قل جميعاً أو بقدر ما يجب للحظ من ذلك والأوّل انتخب

تعرّض في الآيات للمسألة الثانية من الثَّمان مسائل التي ذكرت في هذا الفصل وهي:
كيفية التَّوْقِيف الذي سببه شهادة العدلين، وأمّا التَّوْقِيف الذي سببه شهادة عدل واحد،
فيأتي في البيتين بعد هذه، وكيفية ذلك في الوجه الأوّل، هو كما قال ابن أبي زَمَنِين في
المتنخب: ومن ادَّعى على رجلٍ في دارٍ أو أرضٍ بيده، أو غير ذلك من الأصول الثابتة
وسأل أن يوقف له فالَّذي عليه الفِئَاءُ أنَّ الدَّعْوَى إن كانت في دارٍ اعتقلت بالقفْل بعد أن
يضرب له أجلٌ في إخلالها بقدر ما يراه الحاكم، وإن كانت في أرضٍ منع من حرثها، وإن
كانت فيما له خراجٌ كالفرن والحانوت وما أشبه ذلك وقف الخراج، وإن كانت في حصّة
أرضٍ، أو دارٍ، أو شبه ذلك اعتقلت تلك الحصّة المدَّعى فيها بالكراء ووقف الكراء، وقيل:
يوقف من الكراء بقدر الحصّة فقط. ١ هـ وفيه كفايةٌ لشرح آيات النّظام - رحمه الله -
وإدّاد اختيار القول الأوّل بتوقيف جميع الكراء لا ما ينوب الحصّة فقط، وفهم من قوله:
ووقف ما كاللِّدَّور إلخ أنَّ وقف غير ذلك من العروض والحِوَان لا يكون كذلك، وليس إلّا
وضعها تحت يد أمينٍ فإن كان كذلك فالأولى زيادة بيتٍ بعد هذه الآيات كقولنا:

ووقف غيره بوضعه على يد أمينٍ فاحفظن ما نقلنا

قول هذا الشارح قبيل هذا، وإعنا توجب توقيف الشيء المتنازع فيه إلى أن يعذر إلى المشهود إلخ،
والخاصل هذه نفثة من كلام الناس اختصرتها لتعنيك على المحل فإنه صعب، وإن أردت الإطلاع
على تحقيق هذه المسائل وعللها فقف على شرحنا لقول المختصر في فصل الشهادات وحيلت أمة
إلخ تر العجب إن شاء الله تعالى في تحقيق هذه، وتر غلط كثيراً في هذه المسائل وتطلع على
وقف الثمار والحبوب وما يعرف بعينه وما لا.

وشاهد عدل به الأصل وقف ولا يزال من يد بها ألف

ويأتفاق وقف ما يفسد منه إذا ما أمن الفساد

تعرض في البيتين للمسألة الثالثة والرابعة والخامسة مما اشتمل عليه هذا الفصل يعني: أن من ادعى ملكية أصل تحت يد غيره وشهد له بذلك عدل واحد، وأبى أن يحلف مع شاهده لرجائه وجود شاهد آخر، أو كان القاضي لا يرى الشاهد مع البمين فإن الأصل للمدعى فيه يوقف، ولكن ليس كالوقف المتقدم فيما شهد به عدلان، وبقي الإعذار للخصم من كونه يخرج من يد حائزه بل يبقى بيد حائزه، وتوقيفه هو منعه من تفويته ببيع أو غيره، ومن تغيير حالته بهدم أو بناء كما تقدم عن التبصرة، ولهذا قال: ولا يزال من يد بها ألف لأنه إذا لم يزل من يد حائزه لم يبق إلا منعه من تفويته وتغييره - والله أعلم - وكذا توقيف غلة الأصل المذكور إذا كانت لا تفسد. وأما ما يفسد فيباع ويوقف ثمنه كما يأتي «وكل شيء يسرع» البيتين، وعلى حكم العقلة نبه بالبيت الثاني وضمير منه للأصل، وفهم من حكاية الاتفاق مع توقيف الغلة أن توقيف الأصل غير متفق عليه، بل فيه خلاف وهو كذلك فقد حكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه يوقف ولكن وقفًا خاصًا كما ذكر الناظم قال ابن عرفة في وثائق ابن المطار: لا تجب العقلة بشاهد واحد، ولكنه يمنع المطلوب أن يحدث في العقار بناء، أو بيعًا أو شبه ذلك بقوله: ولا يخرج عن يده بالقول فقوله: لا تجب العقلة بشاهد واحد يعني العقلة التي يخرج بها عن يد حائزه لا مطلقًا. القول الثاني: أنه يوقف كما إذا شهد عدلان قال ابن عرفة: قال ابن سهل: اختلف في العقلة بشاهد واحد عدل ففي أحكام ابن زياد وجوب العقلة بها، وهو في الدار بالقفل لها، وفي الأرض بمنع حرثها وقاله عبد الله بن يحيى وأيوب بن سليمان القول الثالث لابن بطال عن ابن لبابة: لا تجب العقلة إلا بشاهدين، قال سليمان: وهو قول ابن القاسم اهـ باختصار وتقديم وتأخير على نقل الشارح، وكما توقف الغلة بشهادة عدل واحد كذلك كل ما يغاب عليه من عرض، وغيره يوقف بشاهد واحد، وأما الأصول فتوقف بالشاهد الواحد وبشاهدين، إلا أن كيفية الإيقاف تختلف كما تقدم. وفي التوضيح ما نصه: وفي مسائل ابن أربب كل ما يغاب عليه من العروض وغيرها يوقف بشاهد عدل واحد، بخلاف العقار فلا يعتقل إلا بشاهدين وحيازتهما. وقوله: ولا يزال من يد بها ألف هو بيان لكيفية التوقيف بشهادة العدل الواحد.

وحيثما يكون جال البينة في حق من يحكم غير بينة

يوقف الفوائد لا الأصول بقدر ما يستكمل التعديل

هذا هو السبب الثالث من أسباب التوقيف وهو أن يشهد للمدعي قوم لا يعرف

القاضي عدالتهم، ولا جرحتهم فإن كان المدعى فيه أصلاً لم يوقف، وإنما يوقف فائدته وغلته إلى أن يعدل الشهود، وكذا يوقف غير الأصل من العروض والحیوان وغيرها، وقوله: «بقدر ما يستكمل التعديل» قال الشارح: يعني بذلك القدر أجلاً موكولاً لاجتهاد الحاكم مقدراً بما يحصل به قدر المستحق من التعديل، مراعى فيه من الضيق والفسحة ما يقتضيه الحال من بعد البيئة المطلوب منها التعديل وقربها، وخطر المستحق وحقارته وما أشبه ذلك من اللواحق التي يراعيها الحاكم في القضية المعينة. اهـ ابن عرفة الحيلولة بإقامة المدعي شاهدين عدلين هو نقل غير واحد عن المذهب، وكذا قبل تعديلهما وهو قولها إن كان أقام شاهدين بإذن القاضي أن ينظر في تعديلهما، وخاف على المدعى فيه الفساد أمر أميناً فيأخذه وقض ثمنه، ووضع على يدي عدل، وفي حيلولته بإقامته شاهداً واحداً عدلاً خلاف. اهـ وقد اشتمل كلام ابن عرفة هذا على أوجه العقلة الثلاثة المتقدمة في النظم فقوله: الحيلولة بإقامة شاهدين عدلين أي: وبقي الإعذار للمشهود عليه هو الأوّل في النظم، وقوله وكذا قبل تعديلهما إلخ هي مسألة النظم هنا، وقوله: في الحيلولة بإقامته شاهداً عدلاً هي مسألة قوله: «وشاهد عدل به الأصل وقف» وأمّا قوله: «وخاف على المدعى فيه الفساد إلخ» فيأتي الكلام عليه في شرح البيتين بعد إن - شاء الله - وقد اشتمل البيتان على المسألة السادسة من مسائل هذا الفصل وهي التوقيف فيما شهد فيه رجلان ينظر في تركيتهما.

وكل شيء يسرع الفساد له وقف لا لأن يرى قد دخله.

والحكم ببيعته وتوقيف الثمن إن خيف في التعديل من طول الزمن

تكلم في البيتين على كيفية توقيف ما يفسد إذا شهد به من لم تثبت عدالتهم، وهي المسألة السابعة من مسائل هذا الفصل يعني: أنّ ما احتيج إلى توقيفه لوجه من الوجوه، وكان ممّا يفسد إن طال كاللحم، والفواكه الخضراء ونحو ذلك فإنه ينظر، فإن رجي حصول ما لا يتم الحكم إلا به من إعذار أو تجزيع أو تعديل وما أشبه ذلك قبل تغييره وقف وإن خيف تغييره وفساده قبل ذلك، فالحكم ببيعته وتوقيف ثمنه، وهنا إذا كان التوقيف بشهادة رجلين ينظر في تركيتهما؛ لأن سياق الكلام يدلّ على ذلك لقوله قبله وحيثما يكون إلخ. وأمّا إن كان بشهادة عدل واحد فيحلف المشهود عليه، ويخلى بينه وبين شيعته، ونحوه قوله في المختصر: وبيع ما يفسد، ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده (قال في المقرب: قال سحنون في كتاب الشهادة: إن ابن القاسم قال وإن كان الذي ادعى المدعي ممّا لا يبقى ويسرع إليه الفساد كالفاكهة الرطبة واللحم أن المدعي إذا كان إثماً شهد له شاهد واحد، وأبى أن يحلف وقال: عندي شاهد آخر فإن القاضي يؤجل المدعي في إحضار شاهده ما لم يخف الفساد على ذلك الذي ادعى، فإن أحضر ما يتفجع به وإلا خلى بين

المدعى عليه وبين المدعى فيه، وإذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضي بعدالة وخاف على المدعى فيه الفساد، أمر أميناً بفاعه وقبض ثمنه ووضع الثمن على يد عدل فإن ركبت البيّنة قضى بالثمن للمدعى، قال عياض قوله عندي شاهد واحد لا أحلف معه أي: لا أحلف البيّنة ولو أراد لا أحلف معه الآن لاتي أرجو شاهداً آخر فإن وجدته، وإلا حلف مع شاهدي بيع حيثنّ ووقف ثمنه إن خشي فسادهم وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعل له يسهه هنا، وإن كان على شك من تعديلهما وهو إن لم يثبت بطل الحق، وشاهد واحد في الأوّل ثابت بكلّ حال والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر، ويثبت الحق. ا هـ. على نقل الشارح مع بعض اختصار وقال ابن الحاجب: وما يفسد من طعام أو غيره قالوا يباع ويوقف ثمنه إن كان شاهداً، ويستحلف ويخلى إن كان شاهداً، التوضيح: يستحلف أي: المدعى عليه أن المدعى لا يستحقّ من هذا شيئاً ويخلى أي المدعى فيه تحت يد المدعى عليه وتبرأ ابن الحاجب منه بقوله: قالوا لإشكاله وذلك لأنّ الحكم كما يتوقف على الشاهد الثاني فكذلك يتوقف على عدالة الشاهدين فلما أن يباع ويوقف ثمنه فيهما أو يخلى بينه وبين من هو بيده فيهما، وأجاب صاحب النكت بأنّ مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك ذلك اختياراً صار كأنه مكّنه منه بخلاف من أقام شاهدين، أو شاهداً ووقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجة عليه في ذلك لعدم قدرته على إثبات حقه بغير عدالتهم، وأشار المارري إلى فرق آخر وهو أنّ الشاهدين للجهولين أقوى من الشاهد الواحد؛ لأنّ الواحد يعلم قطعاً الآن أنّه غير مستحقّ، والشاهدان للجهولان إذا عدلاً فإنما تعديلهما الكشف عن وصف كانا عليه حين الشهادة. ا هـ.

مدّع كالعبد والنشدان ثبوته قام به البرهان

أو السماع إن عبده أبى إن طلب التوقيف فهو مستحقّ

الخمس أو فوقها يسيرا حيث ادعى بيّنة جسيماً

وإن تكن بعيدة فالمدعى عليه ما القسم عنه ارتفعما

كذلك مع عدل بنشدان شهد وبعيد باقبيهم يمينه ترد

هذا هو السبب الرابع من أسباب التوقيف لإقامة البيّنة كما تقدّم أوّل شرح قوله ثلاثة لا توجب الحقّ نعم البيّتين يعني أنّ من وجد عبداً مثلاً، أو غيره ولذلك أدخل الكاف على العبد بيد رجل وادّعى أنّه له، وأقام بيّنة أنّه كان ينشد عبداً أو غيره ممّا ادّعى أنّه له، أو أقام بيّنة السماع أنّه أبى له عبداً، أو ضاع له فرس مثلاً وادّعى أنّ له على ذلك بيّنة حاضرة وطلب أن يوقف له ذلك الشيء ليأتي بيّنة، فلمّا يجاب لذلك الأيام اليسيرة كالخمس.

وفوقها يوم، أو يومين لا أكثر من ذلك، وإلى ذلك أشار بالآيات الثلاثة الأولى، ثم صرح بمفهوم قوله بيّنة حضوراً فقال: «وإن تكن بعيدة البيت أي: فإن المدعى عليه يحلف أنه لا يعلم فيه حقاً للقاتم، ويبقى شيء بيده كما في سائر الدعاوى، وفهم من مقابلة البيّنة الحاضرة بالبعيدة أن المراد بالحاضرة الحاضرة حقيقة، أو ما في حكمها من الغائبة غيبة قريبة وهو كذلك كما يأتي، ثم صرح بمفهوم قوله: والتشديدان البيت أنه إذا لم يشهد بالتشديدان إلا عدل واحد، وادعى أن باقي شهود التشديدان غيب غيبة بعيدة فإن الحكم كذلك أيضاً، يحلف المدعى عليه ويبقى شيء بيده هذا ظاهر لفظه والله أعلم. والذي نقل عليه الشارح ما نصّه: قال ابن الحارث: وإن كانت الدعوى في عبد أو عرض فسأل أن يوقف له ذلك فليس له ذلك إلا أن يأتي بسماع أو لطح^(٢٨) أو ادعى بيّنة قريبة فيوقف له الخمسة أيام إلى الجمعة، وفي كتاب ابن يونس: قال ابن القاسم: فإن قال أوقفوا العبد حتى آتي بيّنتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي بيّنة حاضرة على الحق، أو سماعاً يثبت له دعواه فإن القاضي يوقف العبد ويؤجل له حتى يأتي بيّنة فيما قرب من يوم أو نحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع وسأل أن يوقف العبد لآتي بيّنة، فإن كانت بيّنة بعيدة، وفي إيقافه ضرراً استحلف المدعى عليه وسلمه له بغير كفيل، قال سحنون: وإن ادعى شهوداً حضوراً على حقه رأيت أن يوقف له نحو الخمسة أيام إلى الجمعة، وهذا التحديد لغير ابن القاسم، قال ابن أبي زيد: وهو لسحنون وفي المجموعة فإن ثبت بسماع أو شاهد عدل أنه نشد مسروقاً أو ادعى بيّنة بعيدة وفي إيقافه ضرراً على المدعى عليه استحلف السلطان المدعى عليه وخلق سبيله، ولا يأخذ منه كفيلاً قال: وما ينظر فيه نفقة العبد الموقوف على من تكون ففي الوثائق المجموعة قال ابن القاسم: نفقة العبد في التوقيف على الذي يقضى له به. ١ هـ نقل الشارح والتشديدان قال الجوهري نشدت الضالة أنشدتها نشدة ونشدنا أي: طلبتها. ١ هـ والبرهان والحجة وهي البيّنة، والسماع بفتح السين أي: بيّنة السماع، وأبقى أي: هرب، والتوقيف أي: إلى أن يأتي بيّنة.

(تنبيه: ظاهر قوله حيث ادعى بيّنة حضوراً أن فاعل ادعى هو المدعي المتقدم ذكره)

قوله: (تنبيه: ظاهر قوله حيث ادعى بيّنة إلخ) قال في التهذيب: ومن ادعى عبداً يد رجل وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أنه عبده أو أقام بيّنة يشهدون أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي وإن لم تكن شهادة قاطعة وله بيّنة يبذل آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بيّنة ليشهدوا عليه عند قاضي تلك البلدة فذلك له، وإن لم يقم شاهداً ولا بيّنة على سماع ذلك وادعى بيّنة قريبة بمثل مسيرة اليومين أو الثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب اليومين به إلى بيّنة لم يكن له ذلك، وإن قال: أوقف العبد حتى آتي بيّنتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي حاضرة على

وهو الذي قد قامت له بيته بالنشدان، أو بالسّماع أنّ عبده أبق، وأنّ المدّعي المذكور لا يجاب إلى الإيقاف إلاّ بأمرين: النشدان مع دعوى البيّنة الحاضرة، أو السّماع مع البيّنة أيضاً، وظاهر ما نقل عليه الشارح أنّ البيّنة سبب ثالث، وأنّ الإيقاف يكون بأحد ثلاثة أشياء: إمّا بيّنة النشدان، وإمّا بيّنة السّماع، أو دعواه أنّ له بيّنة حاضرة. وعلى هذا ففاعل ادّعى أي: مدّع لا بقيد كونه أقام له بيّنة نشدان أو سماع، فلو قال أو ادّعى بيّنة حضوراً لكان آيين والله أعلم.

الحق أو سماعاً ثبتت له به دعواه، فإنّ القاضي يوقف العبد ويوكل به حتى يأتي بيّنة فيما قرب من يوم ونحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع فسأل إيقاف العبد ليأتي بيّنة فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلّف القاضي المدّعي عليه وأسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادّعى شهوداً حضوراً على حقه أوقفه نحو خمسة أيام والجمعة وهذا التحديد لغير ابن القاسم، ورأى ابن القاسم أنّ يوقف له لأن الجاني بشاهد أو سماع له وضع القيمة عند مالك والذهب به إلى بيّنته وهذا كالإيقاف، ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به، قال غيره: وإنما يوقف مثل ما يشهد على عينه من الرقيق والحيوان والعروض لأن ذلك يحول وتزول عينه، قال ابن القاسم: يوقف ما لا يؤمن تغيّره وزواله، وأما المأمون كالعقار والرباع وما له من ذلك الغلة فلنما يوقف وقتاً يمنع من الأحداث فيه، والغلة أبدى هي للذي في يديه لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب، قال سحنون: هذا إن كانت مبتاعاً أو صارت إليه بذلك من مبتاع إلخ، وهذا كله منه بلفظه من كتاب الشهادات وراده أبو الحسن بياناً، قف عليه في شرحنا عند قول المختصر في الشهادات وإن سأل ذو العدل، أو بيّنة سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد لينهب به إلى بلد يشهد له على عينه، أوجب لا إن انتفى والغلة له للقبضاء والنفقة على المقضي له به إلخ. وقوله: وأقام شاهداً عدلاً إلخ ولم يرد أن معه لما قيده أبو الحسن به، ونقل عن اللخمي ما يقتضي أن الوقف أوسع من الذهاب بالعبد، ويتأمل ما ذكرناه يظهر لك ما في ابن الناظم والتخفة ومن تبعهما والذهب والإيقاف أمرهما متقارب، وقد رأيت قول ابن القاسم: لأن الجاني إلخ فإنه جعل الإيقاف لازم للذهب، والعجب من ابن الناظم لم ينقل كلام المدونة ونقل كلام من ذكره مع ما فيه من الإيهام، وجزم العبدوسي بأن الذهاب أخف من الإيقاف، ومبراهيم هنا بالسّماع الباطع هو السّماع المحصيل للعلم، وذلك مذكور في الشرح عند قول المتن: وجازت بسماع فشا إلخ. وذكر أبو الحسن أنّ اثنين يزكيان هنا بمنزلة العدل. وكذا ذكر ابن رشد الواحد الذي يزكى في كونه يوقف به كما يوقف بالاثنتين اللذين يزكيان، وقد ذكرنا هنا حقهما كثيراً في الذهاب بالدواب والعبيد وغيرهم وما يتبع ذلك من ضياع، ووضع قيمة وكيفية الذهاب للرّجوع بالقيمة في الغروب والبعد، وما يتبع ذلك من تحقيق هذه الأمور الكثيرة الوقوع، وتبعتها على ما يقع للناس من الغلط في ذلك، وأتبنا بأنقال المتقدمين والمتأخرين، وحرزناها والحمد لله رب العالمين، وعبارة الوثائق المجموعة ما نصّه: قال أحمد بن سعيد: وإن سأل المعتزك توقيف العبد أو الأمة أو الدابة إلى أن يأتي بيّنة فإن ادّعى أنه يقيم ذلك بما قرب من يومه أو أشبهه وقفه السلطان له، فإن أتى بسماع أو شاهد عدل على أنه نشده مسروقاً

فصل

رابعةً ما تلزم اليميناً لا الحق لكن للمطالبين
 شهادة العدل أو اثنتين في طلاق أو عتاق أو قذف في
 وتوقف الزوجة ثم إن نكل زوج فسين ولعمام العمل
 وقيل للزوجة إذ يدين تمنع نفسها ولا تزين

هذا هو القسم الرابع من أقسام الشهادة وهو ما يوجب اليمين، لكن لا على الطالب كما في القسم الثاني بل على المطلوب، ولا يوجب حقاً وذلك إذا شهد عدل أو امرأتان عدلتان بطلاق، أو عتق، أو قذف (أو نحو ذلك مما لا يثبت إلا بعدلين)، وانكر المشهود عليه فإنه توقف زوجه المشهود عليه بما ذكر ويحال بينها وبينه، ويؤمر بأن يحلف لرد الشهادة فإن حلف برئ ولا شيء عليه، وإن نكل^(٢٩) عن اليمين فالمشهور أنه يحبس في السجن ويطال سجنه العام ونحوه فإن تمادى على نكوله فإنه يطلق ويوكل إلى دينه وتؤمر زوجته حيثئذ بأن تمنع نفسها منه ما استطاعت ولا تزين، ولا يأتيها زوجها إلا كارهة، ولتقتد منه بما قدرت ابن يونس: وأما إن ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف الزوج إلا أن تقيم المرأة شاهداً، أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق فيحلف الزوج، قال مالك: يحال بينه وبينها حتى يحلف فإن نكل طلقت عليه مكانها، واعتدت من يوم الطلاق وروي عنه إذا طال سجنه دين وترك، والطول سنة وبهذا أخذ ابن القاسم. قال مالك: وإذا ادعى عبد على سيده أنه اعتقه فلا يمين عليه، ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده، ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم، فإن أقام العبد أو المرأة شاهداً، أو امرأتين ممن تقبلان في الحقوق مثل: أن لا تكون من الأمهات والبنات والاخوات أو من هو متهم بمظنة

وادعى بينه وبينه وفي إيقافه مضرة على المدعى عليه استخلف السلطان المدهي عليه وخطى سبيله ولا يأخذ منه شيئاً. قال سحنون: وروي غير ابن القاسم فإن ادعى شهيداً حضوراً على حقه رايت أن يوقف له ما بين الخمسة الأيام إلى الجمعة اهـ. بلفظه. وأحمد بن سعيد هو ابن الهندي.

قوله: (أو نحو ذلك مما لا يثبت إلا بعدلين إلخ) هذا لا يصح لدخول النكاح فيه، ولا خلف فيه لقول المختصر في هذا لا نكاح، وقد أشار هذا الشارح في آخر كلامه لهذا لكنه أوهم أن النكاح كالطلاق، والعتق والقذف حيث لم يبين الراجع في المسألة، والراجع أن النكاح لا يمين فيه وغيره لا عبرة به، وصاحب التسخة إنما ذكر ثلاث مسائل ولم يقل يكون هذا في كل ما لا يثبت إلا بعدلين، وصاحب التوضيح قال في عدم الحلف في النكاح هو المعروف. وحكى ابن

فإنه لا يحلف العبد، ولكن يحلف السيد، فإن نكل عتق العبد ثم رجع فقال يسجن أبداً حتى يحلف، ثم قال إن طال سجنه دين، وفي تبصرة اللّخمي: وإن شهد بقذف حلف المشهود عليه وبرئ ويختلف إن نكل هل يحد، أو يسجن أبداً حتى يحلف أو يخرج بعد سنة قياساً على الطلاق (والجراح هل يطلق أو يقتص منه) عند النكول؟ قال الشارح: اعتمد الشيخ على قول مالك الذي رجع إليه في المسألتين الأوليين، وعلى ما للّخمي في مسألة القذف، ومما يلحق بذلك دعوى النكاح، والظاهر أنه لا يجري مجرى العتاق والطلاق. قال المازري: منصوص المذهب أن من أقام شاهداً واحداً بنكاح امرأة وأنكرته أن لا يمين عليها، وفي المأزنية: لا يمين على دعوى النكاح على امرأة لرجل ولا عليه لها ما لم يقر بذلك شاهد واحد، فأخذ منه بعض الأشياخ وجوب اليمين على المنكر منها بالشاهد الواحد اهـ، وعلى عدم اليمين مع الشاهد في النكاح ذهب الشيخ خليل بقوله وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح، فإن نكل حبس وإن طال دين. فقلوه: رابعة صفة لمحدوف أي: شهادة رابعة، وما تلزم ما موصولة بمعنى الذي وتلزم بضم أوله مضارع الزم، وللمطالين يجوز أن يقرأ بفتح اللام الثانية اسم مفعول من طالب، واللام بمعنى على حد، واشترطي لهم الولاء، أي عليهم أن الشهادة توجب اليمين، لا على الطالب كما في القسم الثاني بل على المطلوب وهو الزوج في الشهادة بالطلاق، والسيد في الشهادة بالعتق، ويجوز أن يقرأ بكسرهما وتكون للاستحقاق أي: أن هذه الشهادة توجب اليمين للطالب وهي الزوجة في الطلاق والعبد في العتق ويستحقها كل واحد منهما على المطلوب، وقوله: ولا تزين على حذف إحدى التامين أي: لا تزين.

الهندي قولاً بأنه يحلف كما في الطلاق، ولكن كلام ابن شاس وابن الحاجب فيه شيء أيضاً. وقال المازري: عدم اليمين في النكاح هو منصوص للمذهب وهو الذي قدمه في تنازع الزوجين صاحب المختصر حيث قال: وإلا فلا يمين إلخ. قوله: (والجراح هل يقتص من إلخ) هذا لا أعرفه ولا وقعت على من ذكره، ولا شك أن هذا خلاف المذهب، وإنما الخلاف في جرح العمد مع الشاهد واليمين فيه خلاف قوي هل يقتل بذلك أم لا شيء في ذلك؟ وقد استوفينا هذا في الشرح. وأما كون الجراح يحلف فلم أقف عليه، وإنما ذكر صاحب المختصر الطلاق والعتق تبعاً للمدونة لاقتصاره عليهما، وزيادة صاحب التحفة القذف صواب، وقد بينا أنقاله عند قول المتن: وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح إلخ. وقول شارح التحفة هنا في المرأة: ولا تزين إلخ يعني وإلا مة مثل الزوجة في هذا إن سمعت عتق سيدها لها كما في ابن يونس وغيره، وربما يشملها قولهم هنا العتق وعدم التزین إلخ ظاهر إذا كان الطلاق بائناً، وأما إن كان رجعيًا فيحتمل أنه بطلاناً للارتياع وذلك الوطء حلال فكيف تمتنع منه؟ ولكن انظر تحقيق المسألة عند قول المتن في النكاح: ولا تمكنه إن سمعت إقراره وبانت إلخ أي والحالة أنها بانت منه بما ذكره الزوج. قول النظم: والابن للأب إلخ قلنا هذا مستوفى.

(فصل)

خامسةٌ ليس عليها عمل وهي الشهادة التي لا تقبل كشاهد الزور والابن للاب وما جرى مجراهما مما أبي

هذا هو القسم الخامس من أقسام الشهادة الخمسة المذكورة في قوله قبل: «ثم الشهادة لدى الأداء» البيت وهي الشهادة التي لا عمل لها، ولا توجب شيئاً وهذا القسم في الحقيقة ليس بقسم منها وإنما هو قسم لها، فالصواب في التقسيم إذن أن يقال: الشهادة على قسمين قسم: يوجب أمراً، أو يندرج فيه الأنواع الأربعة المتقدمة، وقسم: (لا يوجب شيئاً) وهو هذه، أعني الشهادة التي اختل فيها شرط من شروط الشهادة المتقدمة أو كالباب، أو وجد فيها مانع يمنع من قبولها فالأو: كشاهد الزور لاختلال شرط العدالة فيه، الثاني: كشهادة الابن لأبيه لوجود المانع وهي التهمة، وقد تقدم الكلام على الشروط، وأن من اختل فيه شرط منها لا تقبل شهادته. وأمّا الموانع فعد ابن الحاجب منها جملةً صالحةً أو كها: التغفل. الثاني: أن يجزّ بها نفعاً كمن شهد على موروثه المحصن بالزنا، أو قتل العمد ما لم يكن فقيراً أو يدفع ضرراً كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ، الثالث: أكيد الشفقة بالنسب كالأبوة والأمومة، أو بالسبب كالزوجة فلا يشهد الزوج للزوجة ولا هي له، الرابع: العداوة فلا تقبل عليه وتقبل له عكس القرابة، الخامس: الحرص على إزالة التغيير بإظهار البراءة أو التآسي، فالأو ككشادته فيما ردّ فيه بفسق، أو صبيّاً، أو رقّاً، أو كفر، والثاني وهو التآسي كشهادة ولد الزنا في الزنا، وكشهادة من حدّ في مثل ما حدّ فيه، السادس: الحرص على تحمّل الشهادة كشاهد المختفي لتحملها، ولا يضرّ على المشهور أو على أدائها فيرفع شهادته قبل أن يطلب بها في محض حقّ آدمي، وذلك قاذح، السابع: الاستبعاد كشهادة أهل الحاضرة شهوداً من البادية. وفي المدونة لا تقبل شهادة السوّال إلا في التأفّه اليسير لحصول الرّية فيما له قدر ويال، وقوله ممّا أبي بضّم الهجزة أي: ممّا أباه الفقهاء من الشهادات ولم يقبلوه.

فصل في شهادة السماع

ابن عرفة: شهادة السماع لقبٌ لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير

فصل

قوله: (لا يوجب شيئاً) أي من مضمون الشهادة وإلا فشهادة الزور توجب تعزير من شهد بها فانهم.

معين فتخرج شهادته البتّ، والنقل أي تخرج شهادة البتّ من قوله بإسناد شهادته لسماع وتخرج شهادة النقل من قوله من غير معين؛ لأنّ للنقل عنه في شهادة النقل معين.

وأصملت شهادة السماع	في الحمل والنكاح والرّضاع
والحيض والميراث والميلاد	وحال إسلام أو ارتداد
والجرح والتعميد والولاء	والرّشد والتّسفيه والإيصاء
وفي تملك الملك بيّـد	يقام فيه بعد طول المدد
وحبس من جاز من السّيناء	عليه ما يناهز العشريـنا
وعزل حاكم وفي تقليده	وضرر الزوجين من تسميمه

اشتملت الايات الستّ على عدّ مواضع شهادة السماع وذلك في: الحمل ونما ينبي عليه أن تصير الامة أم ولد، وفي النكاح، وصفة شهادة السماع في النكاح أن تكون المرأة تحت حجاب الزّوج فيحتاج إلى إثبات الزوجية بيّنة، أو يموت أحدهما فيطلب الحيّ منهما الميراث فيثبت الزوجية بالسماع المستفيض فيحكم له بالميراث، (فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد) بزوجية فأنبت رجل أنّها زوجته تزوّجها بالسماع لم يستوجب البناء عليها بذلك؛ لأنّ شهادة السماع إنّما تنفع مع الحياة للمرأة وهذا لم يحزها إليه إذ يحتمل أن يكون السماع من واحد وقد فشا ذكره وواحد لا يجوز به النكاح، قاله القاضي أبو عبد الله بن الحاج. قال القاضي للمكناسي: قلت فيظهر منه أن لا يبيني عليها بشهادة السماع مع أنّه يرثها به، إلا أن يكون سماعاً مشتركاً مستفيضاً يقع به العلم كما أنّ عائشة زوج النبي ﷺ لا يمكن أن يختلف في هذا أنّه ينبي بها بهذه الشهادة، لا سيّما إذا طال الأمر وماتت البيّنات. اهـ

فصل في شهادة السماع

قوله: (فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد إلخ) ظاهره أنّها إذا لم يكن لها زوج أصلاً أن النكاح لا يثبت بالسماع، أما إذا كان لها زوج فلا تنزع منه بشهادة السماع أنّها لغيره، وأما حيث لا زوج لها أصلاً ففي ذلك خلاف والراجع الجوار، وأما حيث تكون تحت حور المشهود له فيصحّ بها النكاح ولا إشكال، وما سمع من الناس إن أفاد السامع اليقين والعلم فيشهد بذلك ولا يذكر سماعاً أصلاً كما إذا رآني بعينيّ، ونجور في كل شيء وإن أفاد السماع الظن، فهذه هي شهادة السماع المختلف في جوازها على أربعة أقوال وهي التي يصرّح فيها بقوله: سمعت سماعاً فاشياً إلخ، وهي التي اشترط فيها شروط من طول الزمان ونحوه، وملخص ما عند الناس أن من حصل له العلم بالنكاح من جهة السماع وقرائن الاحوال كاللدف فهو بمنزلة من حضره، فإذا شهد بذلك

وفي التوضيح عن أبي عمران أنه يشترط في شهادة السماع على النكاح أن يكون الزوجان متفقين عليه، وأما إذا أنكر أحدهما فلا. ١ هـ. وتجوز في الرضاع وينبغي عليه انتشار الحركة المذكورة في باب الرضاع، وتجوز في الحيض وينبغي عليه البلوغ والخروج من العدة وغير ذلك، وتجوز في الميراث فيشهد آن فلانًا وارث فلان وذلك يتول إلى النسب والولاء، وتجوز في الولادة، ومما ينبغي عليها أيضًا أن تصير الأمة أم ولد، والخروج من العدة وغير ذلك، وتجوز في الإسلام وينبغي عليه أن ترثه ورثته المسلمون دون غير المسلمين، وفي الرد فميراثه لبيت المال وفي الجرح والتعديل وينبغي عليهما قبول شهادة من عدل، وعدم قبولها ممن جرح، وتجوز في الولاء وأن فلانًا معتق لفلان أو معتق لآبيه أو جده فيرثه بذلك إن لم يكن له عاصب من نسبه، وتجوز في الرشد والسفه، ومما ينبغي عليهما إفضاء تصرفات الرشد ورد تصرفات المحجور على تفصيل مذكور في محله، وتجوز في الوصية فتثبت بشهادة السماع. قال شيخ شيوختنا أبو العباس المنجور - رحمه الله - في شرح المنهج المنتخب: والمفهوم من الوصية المذكورة في كلام المؤلف يعني: سيدي علي الزقاق إنما هي الوصية

علان فإنهما يقولان نشهد بالله إنها لزوجته ولا يقولان ما رأنا نسمع و تكون له زوجة بذلك أنكرت أم لا، كانت تحت حوزة أم لا، طال الزمان أم لا، حتى إذا شهد اثنان بالنكاح لغير من شهد له بالقطع من جهة السماع وكان هذان اثنان حضرا نكاح من شهد له بها فإنهما يتعارضان والحاصل من شهد لرجل بالقطع كمن شهد مع حضوره للواقعة وتخرج بها المرأة من حوز من هو زوج لها إن وقع ترجيح معتبر، وأما إن لم يحصل لهما العلم وإنما حصل لهما غلبة الظن من السماع فقط فإنهما يقولان: ما رأنا نسمع إلخ ويثبت بهما النكاح، ولكن لا تعارض مع هذه البيئة مع اثنين حضرا النكاح بل من حضر يقدم على من سمع لأن بيئة الحضور أقوى، ولذلك اتفق على عدم اليمين معها، ولذلك قال في المقيد: شهادة السماع يثبت بها الحق بعد أن لا يكون مستحق له أكد من هذه الشهادة إلخ. وهذه البيئة لا تخرج بها المرأة من متزوج بها لأنه حائز لها ولا إشكال في هذا، وظاهر انعقادهم أنه يستحقها ولو أنكرت المرأة النكاح خلاف ما عند أبي عمران، وكذا حيث لا عصمة عليها خلاف ما عند ابن الحجاج وإن كان هذا الأخير فيه خلاف قوي، والمصنف قال في مختصره بملك لحائز، ولا فرق في هذه الشهادة أيضًا طال الزمان أم لا، ولكن انظر طول الزمان فيما يأتي، والذي يأتي هو أن طول الزمان يشترط في جميع أفراد شهادة السماع إلا في ضرر الزوجين، ولا تنكر قبل الاطلاع على ما استند للنسب، وما ذكروه في الموت هنا ابن عرفة وغيره مبحوث فيه، وكذا نقل ابن عاشر عنه، انظر الشرح تر الفتح إن شاء الله تعالى، وبهذا تعلم ما في كلام هذا الشارح من الإجمال واقتصاره على غير الراجح موهمًا أن ذلك متفق عليه وكذا غيره، ولكن إنما يظهر لك الحق في هذه الأمور التي تصعب على القضاة الذين يخشون العقاب بالوقوف على شرحنا لقول المتن وجازت بسماع، فإننا أفردنا كل مسألة من هذه المسائل بكلام طويل من كلام الفحول لا يوجد عند أحد والعلم عند الله تعالى. قوله:

بالمال، قال شيخ شيوخنا أبو عبد الله محمد بن غازي: ولم أر من صرح بالوصية بالمال وإنما ذكر ابن العربي والقرافي والغرناطي لفظ الوصية غير مفسر (فالظاهر أنهم قصدوا) ما في الكافي من الإيصاء بالنظر، وبذلك فسر صاحب التوضيح الوصية في النظم الذي في أوله يا ساتلي عما ينفذ حكمه، وتجوز أيضاً في ثبوت الملك لحائزه ولا تنفع لغير الحائز لضعفها، ولذلك قال الناظم: الملك بيده وأما قوله يقام فيه بعد طول المدد وقوله وحسب جاز إلخ فيأتي بعض الكلام عليه قريباً - إن شاء الله -، وتجوز في الحبس القديم ولذلك قال: جاز من السنين إلخ. التوضيح: ولا تفيد شهادة السماع في الحبس إلا مع القطع على المعرفة أنه محترم بحرمه الاحباس. اهـ وتجوز أيضاً في عزل حاكم أو توليته، وينبغي على توليته نفوذ حكمه، وعلى عزله عدم نفوذه، وتجوز أيضاً (في إثبات ضرر الزوجين) وينبغي عليه التطبيق بالضرر إلى غير ذلك مما ينبغي على هذه الأمور.

(تتميم): قال في الباب الثاني والثلاثين من التبصرة في القضاء بشهادة السماع قال ابن راشد: شهادة السماع لها ثلاث مراتب، المرتبة الأولى: تقييد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر كالسماع بأن مكة موجودة ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية، وغيرها بما يفيد العلم، المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة وهي تفيد ظناً قوياً يقرب من القطع وترفع عن شهادة السماع مثل: أن يشهد أن نافعا مولى ابن عمرو، أن عبد الرحمن هو ابن القاسم فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا رئي الهلال رؤية مستفيضة، ورأه الجهم الغفيري من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزعمهم الصوم أو الفطر من رأه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل قاله الطرطوشي ومنها استفاضة التعديل والتجريح وما يستفيض عند الحاكم من ذلك. قال محمد بن عبد الحكم: من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه الحاكم لاشتهار عدالته، ومنهم من لا يسأل عنه لاشتهار جريخته وإنما يكشف عما يشكل ومنها القسامة بالسماع بالاستفاضة، قال ابن القاسم: مثل أن يعدو رجل على رجل في سوق مثل سوق الأحد وما أشبهه في كثرة الناس فقطع كل من حضر عليه بالشهادة، فرأى من أترضى من أهل العلم أن ذلك إن كثر هكذا وتظاهر بمنزلة اللوث تكون فيه القسامة من معين الحكام. المرتبة الثالثة: شهادة السماع وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليه، ويتعلق النظر بصفاتها وشروطها، ومحلها. فأما صفاتها بأن يقولوا: سمعنا سماعاً فاشياً (من أهل العدل وغيرهم) وفي مفيد الحكام: وتفسير شهادة

(فالظاهر أنهم قصدوا إلخ) هذا جزم به ابن فرحون فقال ما نصه: قوله والوصية يريد ما حكاه أبو عمر في الكافي إلخ. قوله: (في إثبات ضرر الزوجين إلخ) هذا يحسب إلى كلام طويل وتفصيل حفيظ فأنظره عند قول المتن في الخلع. ورد المال في شهادة السماع.

قوله: (تتميم إلخ) يظهر أن المرتبة الثانية بمنزلة الأولى في الحكم. قوله: (من أهل العدل

السماع أن يشهد شاهدان، أو أربعة على الاختلاف في ذلك أنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة على بني فلان، وإن فلاناً مولى فلان قد تواطأ ذلك عندهم، وكثر سماعهم وفشا حتى لا يدرون ولا يحيطون بما سمعوه من كثرة ما سمعوا به من الناس من أهل العدل وغيرهم، ولا يكون السماع أن يقولوا: سمعنا من أقوام بأعينهم يسمعونهم أو يعرفونهم إذ ليست حينئذ شهادة سماع بل هي شهادة على شهادة السماع ١ هـ. وأما شروطها فيأتي الكلام عليها في البيتين بعد، وأما محلها فقد عدّ الناظم جملةً صالحةً وزاد غيره مسائل آخر انظر شفاء الغليل لابن غازي. تنبيه: قوله: وفي تملك الملك بيد البيتين (قال في التوضيح قال في الجواهر): إنما يشهد بالملك إذا طالت الحياة وكان يتصرف فيه تصرف الملك في الهدم ونحوه، ولا ينافعه أحد ولا يكتفى بشهادتهم أنه يحوزها حتى يقولوا: إنه يحوزها لحقه وإنها له ملك، وأما من يشتري شيئاً من سوق المسلمين فلا يجوز أن يشهد له بالملك لأنه قد يشتري من غير مالك الماروي. والملك لا يكاد يقطع به وقال في مختصره: وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم بملك الحائز متصرف طويلاً. وفي التبصرة: إذا شهدت بيته بالسماع أنه حبس على الحائزين له وهو تحت أيديهم، أو يكون لا يد لأحد عليه فتشهد بيته بالسماع أنه حبس على بني فلان، أو لله تعالى ما بقيت الدنيا فهذا الذي تصح فيه شهادة السماع إذا تطاول الزمان. وفي المواق ما نصّه تقدم نص المدونة أن الشهادة على السماع في الاحباس جائزة بطول زمانها. ١ هـ (وفي حاشية شيخنا) سيدي محمد عبد الواحد بن عاشر رحمه الله على المختصر ما نصّه: قوله: وإن طال الزمان هذا الشرط عند ابن عرفة خاص بغير الموت، وأما بالبعد فيشترط عدم طول الزمان؛ لأنه مع الطول تمكن الشهادة فيه على القطع، وشهادة السماع يشترط فيها كون المشهود به بحيث لا يدرك بالقطع، قف على ابن غازي وفي ابن عرفة ما هو صريح أو كالصريح في اختصاص شرط الطول بالاحباس والأشربة. ١ هـ وهذا الذي نسب إليه ابن عرفة هو ظاهر النظم، وفي الحاشية المذكورة أن شرط طول الزمان في بعض المسائل كالحيض والحمل مشكل. ١ هـ.

وشرطها استفاضة بحيث لا

مع السلامة من ارتياب

ويكتفى فيها بعدلين على

يحقنر من عنه السماع نقلا

يفضي إلى تغليب أو إكذاب

ما تابع الناس عليه العمل

وغيرهم) هذا الذي به العمل أي لا بد من جمعه الكلمتين العلول وغيرهم وفي ذلك خلاف قوي غايه. قوله: (قال في التوضيح: قال في الجواهر إلخ) كلام ابن شاس. هذا في الشهادة بالملك على وجه البت، وأما شهادة السماع فلم يشترطوا فيها التصرف. وقول المتن: لجائز متصرف إلخ غير صحيح باعتبار قوله المتصرف، وإنما جاء هذا من فهمه لكلام ابن شاس أنه في بيته السماع،

يعني أنه يشترط في صحة شهادة السماع شرطان: أحدهما: الاستفاضة والثاني: السلامة من الريبة المؤدية إلى تغليط الشاهد أو تكذيبه، فالاستفاضة هي أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور كما أشار إليه بقوله: بحيث لا يحضر إلخ قال الباغي: وشرط شهادة السماع أن يقولوا: سمعنا مسماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم، وإلا لم تصح قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقاله ابن الموار: قالوا: ولا يسموا من سمعوا منه فإن سموا خرجت من شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقال ابن القاسم وأصبغ: وأما السلامة من الريبة بغلط الشاهد أو كذبه فيحترز بذلك من وجود الريبة، ومثالها ما حكاه ابن أبي زيد في التوارد عن المجموعة لابن القاسم إذا شهد رجلان على السماع وفي القليل مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهما إلا بأمر يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين إلا أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما، فتجوز شهادتهما، (ونقل الشارح) عن أبي إسحاق الشاطبي شرطاً لنا وهو: أن يكون فيما تقادم عهده وطال زمانه فإنه إن لم يكن كذلك لم يفتقر إليها؛ لأن قصد الزمان مظنة لوجود شهادة القطع، إلا أن لا يمكن في العادة شهادة القطع كما في الضرر بين الزوجين قال: (والتحقيق) في الطول الاستناد إلى العرف، قلت: وتقدم قبل هذه الآيات متصلاً بها بعض ما يتجلى بهذا الشرط. ورابعاً: وهو كثرة عدد الشهود فلا يقتصر على رجلين؛ لأنه إذا لم يوجد إلا رجلان دل على عدم الانتشار، لكن لو كانا من الكبر بحيث باد جيلهما لزالَت الريبة والعمل على الاكتفاء بعدلين كما نبّه عليه بقوله: ويكفي فيها إلخ. وخامساً: وهو العدالة في هؤلاء الناقلين فلا تكفي الكثرة (ما لم تبلغ مبلغ التواتر) بخلاف من ينقل عنهم، فإن

وما تأول به ابن مرزوق لا يجدي، وكلما ذكره الشراح فذلك كله ضرب في حديد بارد، ولذلك قال المؤلف في الشهادة بالملك على وجه البت وصحبه للملك بالتصرف، ونحو ذلك عشرة أشهر إلخ، وبيننا هذا في الشرح غاية البيان بكلام المحققين فقف عليه إن شئت إن أردت تحرير المسألة، وإلا فامكث في ضيق جهلها والله يسمع الجميع. قوله: (وفي حاشية شيخنا إلخ) هذا كله مبحوث فيه بل الطول مشروط في جميع أفراد شهادة السماع ما عدا ضرر الزوجين كما أشرنا إليه قبله. قوله: (ونقل الشارح إلخ) تقدم أن هذا شرط في جميع هذه الأفراد إلا في ضرر الزوجين. قوله: (والتحقيق إلخ) هذا خلاف ما به العمل، قال ابن يونس ما نصّه: قال مطرف وابن الماجشون: شهادة السماع تجوز في الخمسة عشر عامّاً ونحوها لتقاصر أعمار الناس وقاله أصبغ، وكذا فيما طال زمانه إذا حملها أهل العدل هذا لفظه، ونقله أبو الحسن وسلمه وقال بعده: قال ابن الموار: قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع في مثل الخمسة عشر عامّاً إلخ. وقال أبو الحسن أيضاً عن ابن رشد: العمل عندنا بقرطبة على قول ابن القاسم أنها تجوز في العشرين سنة اهـ. ومما يدل لذلك قول ابن عرفة أثناء كلامه ما نصّه: ولابن القاسم في العشرين أي تجوز وقال: إن كان وياه قبلت في أقل من ذلك إلخ. قوله: (ما لم تبلغ مبلغ التواتر إلخ) هذا

الانتشار كاف لشهادة العادة بالصِّدْق في مثله. (وسادساً): وهو أن يكون الشهود فيه من شأنه الاشتهار، وأن لا يختص بمعرفة بعض دون بعض كما في الأساب، والأحباس العامة ونحو ذلك بخلاف الحيس الخاص لمعين فإنه قد لا يشتهر اشتهار الحيس العام، ولا بد في نصّ الشهادة من لفظ الانتشار، أو ما يفهم ذلك المعنى. وسابعاً: وهو كون الاشتهار في موضع الشيء المشهود به، وزاد في التبصرة. وثامناً: وهو كون الشيء المشهود به تحت يد المشهود له، إنّما تنفع لمن الشيء في يده. قال ابن الموار: لا تجوز شهادة السماع المدعي دار بيد غيره وقد حازها، وإنّما تجوز لمن الدار في يده. وتاسعاً: وهو أن يحلف المشهود له قال ابن محرّز: لا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينة؛ لاحتمال أن يكون السماع من شاهد واحد، والشاهد الواحد لا بد له من اليمين. وعاشراً: وهو أن لا يسموا المسموع منهم، وإلا كان نقل شهادة فلا تقبل إذا كان المنقول عنهم غير عدول قلت: وهذا الشرط بعينه هو الذي عني الناظم بالاستفاضة وقال بعض الشيوخ: شهادة السماع إذا كان يتزعم بها فلا تجوز إلا على السماع من العدول، وإن كانت ليقرّ بها في يد حائزها فهذه يختلف في اشتراط العدالة فيها. تنبيه: ما تقدّم من حلف المشهود له بالسماع هو خاص بالدعوى التي يقطع القائم بها لا في مثل دعوى موت مورثه فيما بعد من البلاد فإن اليمين هنا تضعف على القول الآخر فإنه يحلف إذا تحقّق ذلك من قبل الشاهد فينظر في إمكان تحقّق ذلك هنا، والظاهر أنّه لا يمكن. اهـ من الشارح. قال مقيد هذا الشرح: وقد كنت جمعت الشروط المذكورة في أبيات فقلت:

شهادة السماع فيما عدّوا عاملة مع حلفٍ وقيلوا
حلفه يكون ما ادّعاه محققاً عنده لا امتراه

إذا حصل العلم بالفعل فلا إشكال، وإلا فما به التواتر فيه خلاف قوي، انظر عند قول المختصر: ويمزيد عدالة لا عند تر الحيق في أمثال هذا والكلام فيه نظر انظر شريحنا هنا. قوله: (وسادساً) إلخ) هذا قد يظهر من كلام الناس إنه ليس هو المذهب ولم يشر إليه في المختصر وإن ذكره بعضهم وكذا الشرط السابع، وبيننا وجه ردّه هنا في الشرح فانظره إن شئت، مع أن الأفراد التي ذكرها في المختصر بعضها فيه مظنة الشهرة وبعضها لا، فانظر قوله: وهبة ووصية إلخ، وكذا مسائل كثيرة ذكروها هنا ليس من شأنها الاشتهار، وقد قال أبو الحسن على الملوثة ما نصه: قالوا شهادة السماع إن أفادت العلم جازت قولاً واحداً، وإن أفادت غلبة الظن اختلف فيها على أربعة أقوال: تجوز في كل شيء، لا تجوز في شيء، تجوز في أربع مسائل ولا تجوز في غيرها وهي النسب، قال الشيخ: والولاء نسب والنكاح والموت وتولية القضاء، وقيل تجوز في كل شيء إلا في هذه الأربع إلخ، وهذا منه بقلقه. فقلوه: تجوز في كل شيء إلخ على هذا من الناس وهذه

كذا عدالة يلي طول المدا
مع كون مشهود به مما يرى
وكثرة الشهود ثم الانتشار
ولا بهما يزال ما يد شمل
وذو استفاضة كذا السلامة
قال الناظم رحمه الله .

فصل في مسائل من الشهادة

ومن لطالب بحق شهدا
فمالك عنه به قولان
إلغائها كأنها لم تذكر
أو يلزم المطلوب أن يقرأ
بعد يمينه وإن تجتبا
كلف من يطلبه التعمينا
وإن أبي أو قال لست أعرف
وما على المطلوب إجبار إذا
ولم يحقق عند ذلك العدا
للحكم في ذلك مبينان
وترفع الدعوى بين المنكر
ثم يؤدي ما به أقرأ
تعمينا أو عين والخلف أبي
وهو له إن أعمل اليمين
بطل حقه وذلك الأعرف
وما شهبوا في أهل ملك هكذا

يعني أنه إذا شهد الشاهد بحق كذبت مثلاً ولم يحقق مقداره وعده، (فمن مالك في ذلك قولان) مبينان للحكم في ذلك أحتهما: إلغاء تلك الشهادة أي: عند اعتبارها وهي

قاعدة إذ هي كلية موجبة، وهذا ذكره ابن رشد وابن عرفة وغيرهما، ولعل ابن رشد المسائل الأربع بأن من شأنها أن تستفيض إلخ، ولعل ابن الناظم أراد هذه الأربع لأن من شأنها الانتشار، وهذه الأربع الاختصار عليها إما هو أحد الأقوال الأربعة، وقال الباجي: تجوز هذه الشهادة في الأشربة والحيارات والصدقات والأجاس وشبه ذلك والشراء قد يخفى فافهم.

فصل في مسائل من الشهادة

قوله: (فمن مالك في ذلك قولان) قال أبو الحسن في كتاب صفة الرجم ما نصه: قوله قيل

كالعدم فلم يبق إلا مجرد الدعوى، فترتفع وتقابل باليمين كسائر الدعاوى. وإلى هذا أشار بقوله: ومن لطلب بحق شهداء الأيات الثلاثة، فطالب وبحق يتعلقان بشهد ويحتمل أن يتعلّق لطلب بمحدوف، صفةً لطالب، وفاعل يحقق يعود على من والإشارة لوقت الشهادة، وياء به ظرفية والضمير للفرع المذكور ومبينان صفة لقولان، وللحكم يتعلّق بمبينان وإلغاؤها بدل من قولان بدل مفصل من مجمل وبين فاعل ترتفع والدعوى مفعول به. القول الثاني: أن المطلوب أي: المدعى عليه يكلف ويلزم بأن يقر بما في ذمته، ويحلف على ما أقر به ويؤديه لصاحبه فإن لم يقر بشيء، أو أقر ولم يحلف فإنه يرجع إلى الطالب ويكلف بأن يعين ماله على المطلوب، ويحلف عليه فإن عيّن وحلف عليه لزم ذلك المطلوب، فإن امتنع الطالب من التعيين أو عين وامتنع من اليمين بطل حقه، هذا كله إذا كانت المطالبة بما في الذمة فإن كانت في شيء معين كحق في دار أو نحوها، فإنه لا يكلف بالتعيين؛ لأنه قد ينجر له ذلك الحق من إرث ولا يعلم قدره، لكنه يحال بينه وبين ذلك الشيء حتى يحلف، ولا يسجن على ذلك؛ لأن الحق في شيء معين. وإلى القول الثاني

لمالك فيمن شهد بين رجلين في حق فني بعض الشهادة وذكر بعضها فقال: إن لم يذكرها كلها فلا يشهد الشيخ، ومثاله أن يقول الشاهد له عليه مائة دينار أو مائة وخمسة فهو قد نسي بعض الشهادة فلا تجوز شهادته عند مالك وابن القاسم، وقال ابن كنانة وغيره: يستزّل إلى ما لا يشك فيه، وهذا الذي اعتمده أهل السجلات، وهذا في الشهادة على عدد متماثل، كذا فسرها مالك في العتبية، ولو كانت الشهادة على فصول فهي كالشهادة، فلا تبطل إلا في ذلك الفصل الذي نسيها فيه إلا أن يكون مرتبطاً بغيره فتبطل فيه وفي غيره، قالوا: وكذلك لو كانت الشهادة على خط ميت أو غائب لا يمكن أن يؤدي شهادته، وفي الوثيقة مسح في بعض الفصول إن كانت الوثيقة مرتبطة بذلك الفصل بطلت كلها، وإن كانت غير مرتبطة بذلك الفصل بطلت في ذلك الفصل لا غير إلخ، وهذا منه بلفظه. وفي المتقى للباجي ما نصّه: ولو شهد أي العدل الواحد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجب اليمين به على من ادعى عليه النكاح، ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت قدر الصداق بشاهد وعين كالمال اهـ. بلفظه، ولم يذكر لهذا مقابلاً، ونقلناه عند قول المتن: وحلف يشاهد في طلاق إلخ. وقال أبو الحسن على مضمون قول المختصر: وإن شهدا بطلاق واحدة ونسيها لم تقبل إذ ذلك في المدونة ما نصّه: الشهادة إذا كان فيها تقصير لا تجوز ولا تستزّل الشهود وحصل فيها ابن رشد ستة أقوال إلخ. وقال ابن ناجي على المسألة ما نصّه: ويقوم منها أن الشاهد لا يستزّل إلى أقل المستيقن. وقال مطرف: بل يستزّل. قلت: وعن اللخمي أول لابن الماجشون والثاني لمطرف وابن كنانة، واختار شيخنا حفظه الله تعالى في درسه الأول وذكر أنه قول ابن القاسم نصّاً وشيخنا أبو مهدي حفظه الله الثاني قاتلاً: ولا ينهني أن يختلف فيه، ثم وقعت عندنا بالقيروان بعد سنين متطاولة وعمل القاضي فيها مجلساً فذكرت له ما تقدم وإذا عند أحد الغريمين فتوى أخرجهما من عند شيخنا الأول لما صار مفتياً بتونس بعد موت شيخنا الثاني فذكر فيها قول ابن القاسم ومطرف واختار ما ذكرناه عنه اهـ. بلفظه. ولكن قول أبي

أشار بقوله: أو يلزم المطلوب أن يقرّ الأبيات الأربعة وإلى مسألة ما إذا كانت المطالبة في شيء معين أشار بقوله: وما على المطلوب البيت فقوله: أو يلزم المطلوب هو ينصب يلزم عطف على قوله إلّاؤها من باب قوله: وإن على اسم خالص فعل عطف... إلخ والمطلوب نائب يلزم مضارع الزم وإن يقرّ مفعوله الثاني، وفاعل يؤدي المطلوب، كذا فاعل تجنب، والخلف مفعول أبي، وفاعله المطلوب، وهو يفتح الحاء وسكون اللام قال الجوهري حلف الرجل أي: أقسم يحلف حلفاً ومحلوقاً وهو أحد ما جاء من المصادر على مفعول مثل: المجلود والمعقول والمعسور، وأحلفته أنا وحلفته واستحلفته كله بمعنى، وأحلف بالكسر العهد يكون بين القوم وقد حالفه أي: عاهدته وتحالفوا أي: تعاهدوا انتهى وقوله: «كلّف من يطلبه التّعيين» هو جواب قوله وإن تجنّباً وضمير وهو لما عيّنه الطالب يدلّ عليه التّعيين وضمير له لمن يطلب أي: الطالب، وقوله: وإن أبي أي: من الحلف ومعنى هكذا أي: شهدوا بحق ولم يعينوا قدره. قال ابن يونس: قال ابن حبيب قال مالك في البيّنة تشهد بحق لرجل ويقولون لا نعرف عدده إلّا أنا نشهد أنّه بقي عليه حقّ فليقل للمطلوب: أقرّ له بحقه فما أقرّ به حلف عليه ولا شيء عليه غيره وإن حدّ قيل للطالب إن عرفته فاحلف عليه وخذه، فإن قال: لا أعرفه وضاعت كتب محاسبيتي أو أعرفه ولا أحلف فليسجن المطلوب حتّى يقرّ بشيء، ويحلف عليه فإن أقرّ بشيء ولم يحلف أخذ منه وحبس حتّى يحلف، ولو كان ذلك حقّاً في دار حيل بينه وبينها حتّى يحلف ولا يحبس؛ لأنّ الحقّ في شيء معين. قال الشّارح: فالقول الأوّل الذي قدّمه الشيخ - رحمه الله - نصّ عليه صاحب الاستغناء، والثّاني هو الذي حكاه ابن حبيب إلّا أنّه يظهر من قول الشيخ بطل حقه، بعض مخالفة لما نقل ابن حبيب من سجن المطلوب إذا أبى الطالب من اليمين، أو قال لا أعرف الحقّ إلّا أن يحلف فالله أعلم بمسئلته في ذلك، مع أنّ وجهه ظاهر حيث أبى الطالب من اليمين مع كونه يعرف الحقّ والله أعلم..

ومنكرٌ للخصم ما ادّعاء أثبت بعد أنّه قضاه

ليس على شهوده من عمل لكونه كالتّابع في الأوّل

يعني أنّ من ادّعت عليه دعوى تستلزم عمارة ذمّة بحقّ من الحقوق التي تعمّر بها

الحسن: وهو الذي اعتمده إلخ، مع قول أبي مهدي: لا ينبغي أن يختلف فيه يدل على قول القول بالاستنزال مع ظهوره في نفسه، لكن في الخطاب عن ابن رشد: إذا نص الشاهد بعد الشهادة ونسي رد الجميع، ثم قال: وإذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها وسقط عن حفظه بعضها فإنها تسقط كلها بإجماع إلخ، فانظر هذا الإجماع مع ما تقدم ومع ما كتبه قبل هذا عند قول الناظم: وامتنع التقصان والزيادة إلخ.

الذم فأنكر تلك الدعوى وجعلها فائتت الطالب ما آدعاه عليه بيّنة، أو بإقرار المطلوب بذلك فأقام المطلوب البيّنة بأنّه قضاه ذلك الحقّ فإنّ بيّنته على القضاء لا تقبل؛ لأنّه كذب شهادتهم بإنكاره الدعوى. قال المتطي: أمّا لو أنكر المعاملة فائتتها الطالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه فإنّه لا تقبل منه بيّنة بعد إنكاره المعاملة هذا هو المشهور والمعمول به وروى عيسى عن ابن نافع: تنفع البراءة ولا يضره إنكار المعاملة، وأمّا إن قال ليس عليّ شيء فلما أقام عليه البيّنة بسلف أو بيع جاء ببراءة وشهود على الدّفع فإنّه يسقط ذلك بالحقّ عنه قولاً واحداً. ١ هـ. ابن رشد: لأنّ من حجّته أن يقول: صدقت ما كان لك عليّ دين من شراء، ولا من سلف لأنّي كنت قضيتك حقّ وإنّما تكون له حجة إذا ما قال: ما أسلفتني شيئاً ولا بعنتي شيئاً. ١ هـ قال ابن الهندي في توجيه المشهور وتضعيف الشاذّ لأنّ من كذب بيّنة فقد أسقطها ومن، أوجب له سماعها بعد تكذيبه إيّاها فقد فتح باب التعنيت والتشعّب وأعان عليه. ١ هـ من المواق (وفي مختصر الشيخ خليل) في باب القضاء: وإن أنكر مطلوب المعاملة بالبيّنة، ثمّ لا تقبل بيّنته بالقضاء بخلاف لا حقّ لك عليّ، وقال في باب التّخيس والتّملك: وقبل إرادة الواحدة بعد قوله لم أرد طلاقاً والأصحّ خلافه، وقال في باب الوكالة: ولو أنكر القبض فقامت البيّنة فشهدت بيّنة بالتلف كالمدين، وقال في باب الوديعة: ويجعلها ثمّ في قبول بيّنة الرّدّة خلاف، وفي الوثائق للمجموعة فإن ادّعى المطلوب دفع ما ثبت عليه من الدين بعد إنكاره أصل المعاملة أو السلف لم يبيع له القاضي إثبات ذلك، لأنّه قد كذب شهوده على الدّفع بإنكاره أصل الطلب وبهذا القول القضاء ١ هـ من الشّارح. ثمّ قال: وقول من مال إلى قبول قول المنكر إذا أقام البيّنة على إبرائه أوضح وأرجح والله أعلم. اللّخمي: اختلف إذا أنكر الإيداع فلما شهدت البيّنة عليه أقام بيّنة أنّه ردّها فإنّها لا تقبل بيّنته؛ لأنّه كتبها بقوله ما أودعته وكذلك إذا قال ما اشتريت منك فلما أقام عليه البيّنة بالشّراء أقام هو عليه البيّنة بالدّفع وقيل: يقبل قوله في الموضوعين جميعاً، وهو حسن؛ لأنّه يقول أردت أن لا أتكلّف بيّنة، والمسألة من باب الإقرار الحاصل بالتّضمن لا بالصّريح وفي إعماله خلاف؛ (لأنّ بيّنة القضاء) تتضمّن الإقرار بالمعاملة التي تفرّع

قوله: (ومن مختصر الشيخ خليل إلخ) قف على هذه المواضع في خليل تر الفقه الصحيح في النّازلة، فإنّا شرحناها بأنقال محررة وذكرنا زيادة وتحريراً على ما عند الناس وتقييدات يجب الوقوف عليها ولا يحكم في المسألة بدونها، والمسألة كثيرة الخلاف والترجيح فيها من جهتين، والتفريقات هل هذا في الحدود والأصول وغيرهما؟ وهل يعذر الجاهل فيها ومن غابت بيّنته أم لا؟ إلى غير ذلك، قف على ذلك في باب الوكالة، وما ذكره هذا الشّارح من المحال الأربعة في خليل ترك منه شيئاً، ففي الاستلحاق: وإن اشترى مستلحقه والمالك لغيره عتق كشاهد ردّت شهادته، وقال في كتاب العتق: وإن شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر إن أبسر شريكه والأكثر على نفيه كعسره، وقال في الطلاق: حلف على نفيه فإن نكل نوى في عدده إلخ. قوله: (لأنّ بيّنة القضاء إلخ) بل تفسير هذا هو أن يقال قول المدين ما تسلفت مثلاً يدل على تكذيب

القضاء عنها، وإنكاره المعاملة أولاً تكذيباً لبينة القضاء.

فرع: قال في أوائل نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار) وسئل ابن رشد عن امرأة توفيت وترك زوجها وورثة، فقاموا يطلبون الزوج بجهازا الذي أورده أبوها بيت بناء الزوج المذكور بها فأنكر أن يكون أورد بيت بناته شيئاً، فاستدعوا بينة ببعض أشياء منها فتقيد عليه إنكاره فهل يضره إنكاره، ويلزمه إحضار كل ما شهد به أنه وصل بيت بناته، أو لا يلزمه شيء من ذلك؟ ولا يضره إنكاره إذ لو أقر بوصوله لم يلزمه سوى اليمين أنه ما غاب على شيء منه ما لم يشهد عليه بالضمان حسبما نصّ عليه أهل العلم، وهو الذي يظهر لي؛ لأنها بينة قامت في القضية لو أقر بها لم يلزمه، فكذلك إذا أنكرها بخلاف من أنكر حقاً طلب به ثم لما ثبت عليه ادعى البراءة منه؛ لأن ذلك بنفس الثبات قبل الإنكار أو بعده، فيحكم عليه بالأداء وهذا لا يحكم عليه بالأداء، وإن ثبت عليه ووقع بين أصحابه

بيته بالقضاء ولكن لم يقل هي كاذبة صراحة: وأما قوله قضيت فهو يدل أيضاً على الصدق، ولكن هذا إنما نحتاج إلى الكلام عليه حيث لم يقم الطالب البينة، وأما عندها فمضمّن الإقرار هو قوله ما تسلفت إلخ فافهمه بإنصاف، ويدل لهذا كلام ابن عرفة الأبي هنا في الوديعه، ولا بد من النظر في هذه الأمور إلى قرائن الأحوال على كل حال، إذ هذا للحلل وأمثاله مدحضة^(٣٠) أقوام ومزلة أقدام، فمن اتقى الله وقف فيها واعتبر ونظر غاية وشمر^(٣١) ولا هرب وفر، ودليل هذا يعرفه من وقف على كلام الناس في هذا.

قوله: (فرع: قال في أوائل نوازل الدعوى والأيمان من المعيار إلخ) انظر هذا الفرع قال ابن فرحون ما نصّه: ومن ادعى عليه رجل ديناً من سلف أو قراض أو وديعه أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صداقة أو حق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء من ذلك فلما خاف أن تقوم عليه بذلك البينة أقرّ وادعى فيه وجهاً من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه لم يفعه ذلك وإن قامت له البينة على ما رجم أخيراً لأن جحدته أولاً إكذاب لبينته فلا تسمع وإن كانوا عدولاً إلخ. وقال ابن عرفة ما نصّه الشيخ، قال ابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب والأخوين: من أودع وديعه بينة ثم جحدتها ثم أقام بينة أنه ضامن لأنه أكذب بينة يجعلها يريد إن قال ما أودعته شيئاً، ولو قال ما لك عندي من هذه الوديعه شيء نفعته بيته وتسمع. عيسى: سئل ابن القاسم عن جحد قراضاً ادعى عليه به ثم قال تلتفت مني قال: قال مالك فيمن أنكر مالاً بعث معه لرجل فقامت عليه بينة فقال تلف يحلف لقد ضاع ويرى فكذلك مسألتك قال: إن جحدته فقامت عليه البينة لم يصدق في دعوى الضياع إلخ، وهذا منه بلفظه مع الوديعه وفي ضمنها القراض المدعى عليه لا يلزمه غرم ذلك؛ لأنه أمين، ولعل الفرق أن مسألة الزوجة يمكن أن تكون هي المتلفة للمال، وبهذا وأمثاله تعلم صعوبة هذه المسائل فاجتهد غاية ليوفيك الله الهادي بمنه.

(٣٠) مدحضة: أي مبطله.

(٣١) شمر: أي جد في الأمر وخف ونهض.

فيه نزاعٌ وراق ما ذكرته فأردت معرفة رأيك العليّ في ذلك مأجوراً إن شاء الله . فاجاب :
تصفحت سؤالك والذي ظهر لك فيه وهو الذي أراه ولا يصحّ عندي سواه ، فلا يلزم الزوج
سوى اليمين أنّه ما أخذ من مالها شيئاً في حياتها ، ولا بعد وفاتها ، ولا غاب على شيء
من تركتها ولا وجد لها سوى ما أحضره لاحتمال أن تكون هي أتلفت ما جهّزت به إليه ،
أو تلف من غير فعلها . اهـ .

وفي ذوي عدلٍ يعارضان مبرراً أتى لهم قولان
وبالشّهادين مطرّفٌ قضى والحلف والأعدل أصيغ ارتضى

يعني إذا تعارضت بيّتان أحدهما بشهادة عدلين والأخرى بشهادة عدلٍ واحد مبرّرٌ عدل
من الشّاهدين فهل تقدّم شهادة العدلين أو شهادة العدل المبرّر؟ ذهب مطرّفٌ إلى إعمال
شهادة العدلين ترجيحاً لها على شهادة العدل المبرّر مع اليمين . وذهب أصيغ إلى إعمال
شهادة المبرّر الأعدل ، مع يمين القائم بها . قال في كتاب ابن يونس وظاهر لابن حبيب عن
مطرّف وعن ابن الماجشون وإن أقام أحدهما شاهدين والأخر شاهداً أعدل أهل زمانه وأراد
أن يحلف معه فليقض بالشّاهدين ، وكذلك روى أصيغ عن ابن القاسم في العتية أنّه يقضى
بشهادة الشّاهدين ، وروى عنه أبو زيد أنّه يقضى بشهادة الشّاهد الأعدل مع يمين الطالب ،
دون شهادة الشّاهدين وإن كانا عدلين ، وبهذا أخذ أصيغ قال ابن رشد : بعد ذكره ما حكاه
ابن حبيب عن مطرّف وابن الماجشون من أنّ الشّاهدين إذا كانا عدلين أحقّ من اليمين مع
الشّاهد الذي هو أعدل أهل زمانه وهو الأظهر ، إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالشّاهد
مع اليمين أصلاً ، ومن لا يرى الترجيح بين البيّتين أصلاً فالقول بأنّه يقضى بالشّاهد الواحد
مع يمين صاحب الحقّ إذا كان أعدل من الشّاهدين (إغراق في القياس) . اهـ .

قوله : (إغراق في القياس) بل هو الذي ربما يظهر ترجيحه . قال ابن يونس ما نصّه : وإن
أقام أحدهما شاهدين عدلين وأقام الآخر شاهداً أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلف معه فليقض
بالشّاهدين ، وكذا روى أصيغ عن ابن القاسم في العتية أنّه يقضى له بشهادة الشّاهدين ، وروى
عنه أبو زيد يقضى بالشّاهد الأعدل مع يمين الطالب دون شهادة الشّاهدين وإن كانا عدلين وبهذا
أخذ أصيغ ، وكذلك في كسب ابن الموار : إن أقام أحدهما شاهداً وأقام الآخر أربعة فإن كان
الواحد أعدل قضيت به مع يمين صاحبه ، وإن كان في الأربعة اثنان أعدل منه قضيت بهما ، ثم قال
عن أشهب ما نصّه : إذا لم يكن في أيديهما فهو لصاحب الشّاهدين ، وقال أيضاً : يحلف مع
الشّاهد الأعدل ويكون أحقّ به ، وتابعه عليه أصحاب مالك وقاله أصيغ اهـ . بلفظه وأصله في
النوادر ، ولم ينقله ابن عرفة ولا صاحب التوضيح وكان من حقهما نقله ، فقلوه : وتابعه عليه
أصحاب مالك وقف على قول المختصر ما نصّه : ويزيد عدالة لا عدد ويشاهدين على شاهد ويمين
أو امرأتين ، والخلاف مبني على أن التعارض ترجيح أم لا والواحد لا يرجح به ، انظر شرحنا في

وقدم التاريخ ترجيحاً قبل لا مع يدٍ والعكس عن بعضٍ نقل
وإنّما يكون ذلك عندما لا يمكن الجمع لنا بينهما

يعني إذا تعارضت البيّتان فإن أمكن الجمع بينهما جمع، ابن عرفة تقرّر صورة الجمع مثل قولها من قال لرجل: أسلمت لك هذا الثوب في مائة إردب حنطة، وقال الآخر: بل هذين الثوبين سواء في مائة إردب حنطة وأقاما جميعاً البيّنة، لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائتي إردب^١ هـ، وإن لم يمكن الجمع بينهما فإنّه يرجع إلى الترجيح، والترجيح يكون بأشياء من جعلتها قدم التاريخ، فإن كان تاريخ إحدى البيّتين أقدم فهي مقدّمة على حديثة التاريخ، إلا أن يكون القائم بحديثه التاريخ حائزاً يتصرّف للملك في ملكه بمحضر المدّعي ولا علر له في سكوته عنه، فتقدّم بيّته وإن كانت أحدث تاريخاً؛ لأنّ تركه بيده يتصرّف فيه، وهو ينظر إليه قاطعاً لحجّته، (وقيل بعكس هذا القول، وأنّ المعتبر في الاستحقاق التاريخ المتأخّر، قال ابن يونس لو شهدت بيّنة أنّ هذا يملك الأمة منذ عام، وشهدت بيّنة لأخر أنّه يملكها منذ عامين، فإني أقضي بيّنة أبعد التاريخين إن عدلت وإن كانت الأخرى أعدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادّعاء لها بمحضر الآخر، فهذا يقطع دعواها وفيه أيضاً. عن ابن سحنون قال أشهب في عبد بيد رجل أقام الآخر بيّنة أنّه عبده منذ عامين، وأقلم حائزه بيّنة أنّه له منذ سنة، قضى به لصاحب البيّتين إلا أن يحوزه الآخر على وجه الملك بمحضر هذا وعلمه فأقضي له به، قال: ولو أقلم رجل بيّنة أنّه له منذ سنة، وأقام الحائز بيّنة أنّه في يده منذ ستين ولم يشهدوا أنّه له قال: أراه لمن شهدوا له أنّه له منذ سنة، إلا أن يكون للآخر بيّنة بالحوز له على الآخر بوجه الملك على ما ذكرنا. قال اللّخمي: وإن رخصنا قضى للأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل، وسواء كانت بيد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالث أو لا يد عليها. هـ فقوله وسواء كانت تحت يد أحدهما صادق بما إذا كانت تحت يد صاحب التاريخ الأحداث فإنّه يقضى للأقدم وإن كانت بيد الأحداث، وإلى ذلك أشار بقوله: والعكس عن بعض نقل فمراده بالعكس تقديم بيّنة الأقدم ولو كان ذلك بيد صاحب الأحداث، والمتبادر أنّ المراد بالعكس تقديم ذات التاريخ الأحداث على أنّ العكس الحقيقي

للمحل المذكور تطلع على أمور كثيرة وعلى العدد إذا كثّر جدك وأفاد اليقين ولا بدّ ولا بدّ.

قوله: (وقيل بعكس هذا القول وأنّ المعتبر في الاستحقاق التاريخ المتأخّر إلخ) هذا لا نعرف من قاله وإن صرح به ابن النازم وتبعه عليه هذا الشارح مع كونهما لم يأتيا بدليل من كلام الناس. قوله: (قال ابن يونس: لو شهدت بيّنة إلخ) علل ابن عرفة هذا بقوله سنة قابلت سنة فتساقتا وبقيت للأقدم سنة زادت بها على الأخرى، وشبهه لصاحب التوضيح، وعلل أبو الحسن ترجيح من رخصت على من لم تورخ بأن الأولى حفظت، ولكن كلام اللّخمي لا بدّ منه في هذا،

تقديم بينة صاحب التاريخ الأحداث (ولو كان الشيء بيد صاحب التاريخ الأقدم) فاستظهر على ذلك بالقتل.

والشيء يدعيه شخصان معا ولا يد ولا شهيد يدعي
يقسم ما بينهما بعد القسم وذلك حكم في التساوي ملتزم
في بينات أو نكول أو يد والقول قول ذي يد منفرد
وهو لمن أقام فيه البينة وحالة الأعدل منها بينة

يعني أن الشيء إذا ادعاه شخصان سواء كان ذلك أصلاً، أو عرضاً، أو حيواناً، أو غير ذلك وليس لواحد منهما ما ترجح به دعواه على دعوى صاحبه، لا يبد أي: حوز ولا شهادة شاهد ولا بغير ذلك بوجه من الوجوه، وادعى كل واحد منهما أن جميعه له فإنه يقسم بينهما نصفين بعد حلفهما، هذه مسألة الناظم وإليها أشار بقوله: والشيء يدعيه شخصان معا إلى قوله بعد القسم إلا أن ظاهره أنه يقسم في الحال وليس كذلك، (بل فيه تفصيل) فإن كان يخشى فساد كالحوان، والرقيق، والطعام فإنه يستأنى به فإن يأتي بشيء، وخيف عليه قسم بينهما، وإن كان مما لا يخشى عليه الفساد كالنور. قال في المدونة: يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه، ابن القاسم: إلا أن يطول الزمان، ولا يأتي بشيء غير ما أتيا به أولاً فإنه يقسم بينهما؛ لأن ترك ذلك ووقفه ضرر قاله في التوضيح. وأما إن ادعى أحدهما بعضه بالنصف والآخر جميعه فإن كان المتنازع فيه ليس تحت أيديهما

وأشار إلى سؤال البيهتين في تاريخ أحدهما وأتى بكلام كثير يطول بنا اختصاره فتركناه لذلك، وإن كان القاضي يحتاج احتياج الظمان للماء إن كان يخشى الله تعالى، وأشار أنه ينظر لسن الدواب مع ما وقع من الشهادات عليها، ولكن كتبنا ذلك في شرحنا عند كلام المختصر على المرجحات فانظره إن شئت، وقد أكلت هنا أموال يعلمها الكبير المتعال، وكلام اللخمي المذكور ينجي من ذلك إن شاء الله تعالى. قوله بعيد هذا: (ولو كان الشيء بيد صاحب التاريخ الأقدم) الذي نعرفه أن أقدم التاريخ يرجع على مقابله كانت بيد أحدهما أو غيرهما أو لا يد عليها أصلاً كانت إحداها أعدل أو لا إذا حازها مقابل صاحب الأقدم على وجه الملك مع علم صاحبه بذلك، وإذا فهم هذا ففهم قول الناظم والعكس الخ، وما ذكرناه هو الذي في كلام الناس، وتأمل ما شرح به هذا الشارح، ولكن ما ذكرناه من كلام الناس متفق عليه أو هو الراجح، وعليه فالأمر سهل لأن المقصود هو معرفة الأرجح من الخلاف أو المتفق عليه.

قوله: (بل فيه تفصيل الخ) هذا كلام صحيح وهو في كلام التهذيب وابن يونس غير أن فيه خلافاً فالأرض فيها هذا الحكم وذلك هو الراجح، وقيل تبقى أبداً إلى أن يأتي أحدهما بحجة يحكم له بها، قال أبو الحسن: والوقوف في عفو الأرض أكثر منه في الدور ونحوها أي على

بل كان بيد شخص آخر لا يدعيه لنفسه، أو لم يكن أحد أصلاً، كما لو تنازعا في عفو من الأرض فلنهما يحلفان ويقسم بينهما على قدر الدعوى اتفاقاً. قاله ابن الحاجب وإن كان في أيديهما معاً والمسألة بحالها من كون أحدهما ادعى جميعه، والآخر بعضه كالنصف فقيل: يقسم على قدر الدعوى أيضاً وهو المشهور. وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين لتساويهما فيه في الحياة، قاله ابن الحاجب أيضاً. وإذا قلنا بالقسمة على الدعوى إما اتفاقاً أو على المشهور كما تقدم ففي كيفيتهما قولان: التوضيح: فقال مالك وأكثر أصحابه: يسلك فيها مسلك عول الفرائض؛ لتساويهما في المتداعي فيه، ولتعذر الترجيح وصارا كورثة رادت الإسهام الواجبة لهم على الجميع وقال ابن القاسم وابن الماجشون: مبنى هذه المسألة على التنازع فمن أسلم شيئاً لخصمه سقط حقه فيه، فإذا ادعى أحدهما الدار كاملة، وادعى الآخر نصفها فعلى الأول: يعال المدعي النصف بمثل نصف اثنين فيقسم المدعى فيه بينهما من ثلاثة، للمدعي الكلّ الثلثان، وعلى الثاني: يختص مدعي الكلّ بالنصف، ثم يقسم الآخر بينهما. ١ هـ ببعض اختصار، وقد أطلال فيها ابن الحاجب والتوضيح، (فعليك بهما إن شئت) وذلك حكم الإشارة لقسمة المدعى فيه أي: قسمته حكم ملتزم في تساوي الخصمين، إما في إقامة البيّنة كان يقيم كل واحد منهما بيّنة مساوية لبيّنة الآخر، وإما في التكوّل عن البيّن إذا نكلا معاً، وإما في الحور بحيث يكون تحت أيديهما معاً وإلى ذلك أشار بقوله: وذلك حكم في التساوي ملتزم في بيّنات أو نكول أو يد فالمراد باليد الحور فيقسم بينهما في الأوجه الثلاثة بعد إيمانها، فإن كان المتنازع فيه تحت يد واحد منهما فالقول قوله مع يمينه؛ لزيادته على صاحبه بالحياة، وعلى ذلك نبه بقوله: والقول قول ذي يد منفرد وقد تقدم هذا الفرع في القسم الثاني من أقسام الشهادة، وهي التي توجب الحق مع البيّن، في قوله: واليد مع مجرد الدعوى فإن أقام البيّنة على الملك غير الحائز بتعارض دليل الحياة مع البيّنة بالملك فالبينة أصمل من دليل الحياة، وعلى ذلك نبه بقوله: وهو لمن أقام فيه البيّنة أي لا للحائز الذي لا بيّنة له فإن تساوى في الحياة وإقامة البيّنة فإنه يقضى

القول أن ذلك يقسم بعد الطول فافهم، وهذا على ما في المدونة، وأما على مذهب غيرها فلا استثناء أصلاً كما تراه قريباً. قوله: (فعليك بهما إن شئت) صاحب المختصر قال: وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالقول فمر على هذا كمول الفرائض مثال ما تظهر فيه الثمرة ادعى أحدهما في شيء جميعه والآخر نصفه فعلى العول، فالقسمة على ثلاثة: للمدعي الكلّ سهمان والمدعي النصف سهم، وعلى التسليم والدعوى على أربعة: للمدعي الكلّ ثلاثة والمدعي النصف واحد إلخ. وإلى هذا أشار هذا الشارح. وقول المختصر قسم إلخ فقوله على الدعوى أي لا على الرءوس وظاهره كان عفواً من الأرض أو غيرها وأنه لا يستأني به كيف ما كان، وهذا هو كلام المعونة وابن شاس وابن الحاجب وصاحبي الكافي والمفيد وابن الجلاب وصاحب الرسالة والتلقين مع تكلمهم على المسألة، وصاحب المنتخب اقتصر على كلام المدونة المفصل، وصاحب

باعدل البيّتين، وعلى ذلك نبّه بقوله: وحالة الأعدل فيها بيّته فإن تكافأت البيّتان في العدالة قضى بالشّيء لحائزته، وهذا يفهم من قوله: ولا يدّ إذ مفهوماً أنّه مع اليد لا يقسم بينهما بل يكون لصاحب اليد أي: الحوز. فرع: قال الشّارح: فإن اتفق الخصمان على أنّ لكل واحد منهما حظاً في ذلك الشّيء المتنازع فيه لكنهما يجهلانه، فهل يكون مندرجاً تحت الفقه التي تضمّنته الآيات؟ وسئل عن ذلك الأستاذ أبو سعيد بن لبّ فأجاب: أمّا القاعدة التي جهل فيها حقّ الحبس وقدره، وقدر حقّ الغير، فمحمل الاشتراك المعلوم مع جهل المقدار عند الفقهاء على التسوية حتّى يظهر خلافه، قال فرج ١ هـ: باختصاره.

باب اليمين وما يتعلق بها

ابن عرفة: واليمين قسم، أو التزام مندوب غير مقصود به التّرابّة، أو ما يلزم بإنشاء لا يفترق إلى قبول معلنٍ بأمر مقصود عده ١ هـ فقلوه قسمٌ قال جلال الدين الدماميني في شرح التّسهيل ما نصّه القسم مصدر ليس بجارٍ على فعله، وقياسه الإقسام وهو في عرف النّحاة جملةٌ إنشائيةٌ يؤكّد بها أخرى، لا على جهة التّبعيّة، وبالقيد الأخير خرجت الإنشائية الثّانية من نحو أكرم زيداً أكرم زيداً. ١ هـ بيانه: أنّ قول القائل مثلاً: بالله لأفعلن، فجمله بالله التي تقدّرها أقسم بالله جملةٌ إنشائيةٌ أكّدت بها الأخرى التي هي لأفعلن. وقوله: أو التّزام مندوبٌ غير مقصود به القرينة لما دخل في قوله: التّزام مندوبٌ النّذر كلّهُ عنى صدقة دينار مثلاً أخرجه بقوله: غير مقصود به القرينة؛ لأنّ المقصود بالنّذر القرينة، وكذلك الصدقة في المثل المذكور بخلاف اليمين وذلك كقولك: إن دخلت الدّار فعبدني حرّاً، فإنّه لم يقصد القرينة التي هي المعتق، وإنّما قصد الامتناع من دخول الدّار. وغير بالرفع صفة التّزام، وقوله: أو ما يجب بإنشاء قوله أو ما يجب عطفٌ على التّزام فتكون أقسام اليمين ثلاثة، ويجوز عطفه على مندوبٍ مدخولٍ للتّزام، والإنشاء ما يقع به مدلوله فيشمل نحو: أنت

الشامل نقل كلام المدونة تبعاً للتوضيح، ولا بدّ من اليمين هنا وإن لم يذكرها للمصنف في مختصره. وقوله: إن لم يكن بيد أحدهما يشمل ما بأيديهما ممّا أو لا يدّ عليه أو يدّ الغير ولم يقرّ به لأحدهما ولا ادّعاء لنفسه وهو كذلك، وظاهره قامت لهما بيتان وتساقتا لعدم ترجيح أحدهما أو لا بينة أصلاً وهو كذلك، وبينا هذا كله بكلام الناس في الشرح، وبه نستعين على قول الناظم: وذلك حكم في التساوي ملتزم إلخ. وعلى ما شرح به.

باب اليمين وما يتعلق بها

قوله: (وهذا الحد إلخ) هذا كلام حق. قوله في النظم: (وقتاً مستقبلاً يكون إلخ) في المختصر وبالقيام لا بالاستقبال، وفي ابن يونس قيل للملك: أيحلف قائماً أو قاعداً؟ قال: قائماً أبين. وقال عن ابن القاسم: يحلف قائماً لا من علة، ثم قال: يحلفون في مدائهم جلوساً لا

طالق وثوبي صدقة، فأخرج الصدقة ونحوها بقوله لا يستقر إلى قبول لأنها تفتقر إلى القبول، ولفظ الإنشاء يشمل المنسوب كانت حر، إلا أن هذا تقدم وهو القسم الثاني من أقسام اليمين، أو ما يجب بإنشاء يعني مما ليس بمنسوب لئلا يتداخل مع القسم الثاني من أقسام اليمين. وقوله: معلق بأمر مقصود عدمه معلق بالخفض صفة لإنشاء وذلك كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، فقوله أنت طالق الطلاق يجب بإنشاء ولا يقتصر إلى قبول، وهو معلق بأمر وهو دخول الدار، والمقصود عدم الدخول لا الدخول (وهذا الحد) هو لليمين من حيث هي، والمقصود في الترجمة إنما هي اليمين الشرعية التي تجب على الخصم وهو أن يقول: بالله الذي لا إله إلا هو، كما يقول بعد: وبالله يكون الحلف، والذي يتعلق باليمين أي من الأحكام كغليظها بالمكان، والزمان في اللعان، وحالة الحلف من قيام واستقبال مثلاً، وتقسيم اليمين وما يقبل منها وما لا يقبل ونحو ذلك.

في ريع دينار فأعلى تقتضى في مسجد الجمع اليمين بالقضا
وما له بال فففيه يخرج إليه ليلاً غير من تبرج
(وقائماً مستقبلاً يكون) من استحققت عنده اليمين

يعني أن من وجبت له يمين في ريع دينار فأكثر، فإن له أن يقتضيها في المسجد الجامع الذي تصلى فيه الجمعة، ويقضى على الذي توجهت عليه بذلك أحب لم كره، اللهم إلا إذا رضي صاحب الحق بأن يحلفه في غير الجامع فله ذلك، ثم إن كان رجلاً فلا إشكال، وإن كانت امرأة ممن تخرج نهاراً فكالرجل، (وإن كانت لا تخرج) إلا بالليل خرجت ليلاً

قياماً، ثم قال: وقال الاخوان يحلف الحالف قائماً مستقبلاً رجل كان أو امرأة في أقل من ريع دينار. وفي المصونة فصل: يحلف قائماً في كل الحقوق لأن ذلك أبلغ في الردع والزجر، فأما استقبال القبلة فقليل لا يحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع، وقيل يستقبل بالحلف القبلة لقوله ﷺ: «خير المجالس هو ما استقبل به القبلة» ولأن ذلك أرعد إلخ. وفي اللخمي مذهب ابن القاسم فيها عدم الاستقبال والخلاف في المسألة طويل وهذا كله في ريع دينار فأكثر، وأما أقل فالراجح يحلف مستقبلاً أو جالساً أو قائماً وإن اختير هذا أي الاستقبال حتى في أقل من ريع دينار وابن ناجي على المدونة قال: المشهور عدم الاستقبال. وقال ابن الفاكهاني: المذهب هو القيام لكن في المقيد يحلف قائماً مستقبلاً وبه الحكم، وقاله ابن سلمون وابن النازم، ولذلك مر في التحفة على الاستقبال والمشهور خلافه، وعليه مر صاحب المختصر لكن ما به العمل يقدم على المشهور.

قوله: (وإن كانت لا تخرج إلخ) هذا فيه تفصيل طويل وكلام حفيظ، انظر ذلك عند قول المختصر: وخرجت المخدرة إلخ، ومذهب الأندلسيين أن بنت الملك كفيها من النساء وفي ذلك

وحلفت في الجامع فيما له بال من المال، وفسره اللّخميّ بالدينار فأكثر، وإلى هذا أشار باليتين الأولين. (وظاهر قوله: وما له بال أن المرأة لا تخرج في ريع دينار) بل في أكثر كما تقدّم عن، اللّخميّ وفي التّوضيح: ظاهر كلام ابن الحاجب أنها تخرج لريع دينار فصاعداً المازريّ: وهو المشهور، ثم ذكر في البيت الثالث كيفية الحلف عند اقتضاء اليمين منه فذكر أنه يكون قائماً لا جالساً مستقبلاً للقبلة لا غير مستقبلها (وهذا أيضاً في اليمين التي في ريع دينار فأكثر). قال الشّارح: فالألف واللام في اليمين للعهد، والمعهود اليمين المتقدّم قريباً، قال الشّارح: وإذا كانت اليمين على هذه الصّفة في الحقوق الماليّة، إذا بلغت

خلاف قري، ونصوا أنها إذا خرجت إنما تخرج لأقرب المساجد إليها وذلك ظاهر إن كان جامعاً، وحاصل ما ذكره عياض أنها إذا كانت لا تخرج ليلاً ولا نهاراً فإنها تخرج وقيل لا تخرج، وهو الذي قاله غير واحد واستظهر، وهو الذي يظهر ترجيحه من كلام من ذكرناه في شرحنا، وهذا كبت الملك التي لا تخرج أصلاً وهذا فيما طلبت به، وأما فيما طلبه فتخرج. وقال أبو الحسن على قولها: ويبحث القاضي إليها أي المرأة من يحلفها، انظر هل أجرة المحلف عليها أو على من يحلفها أي من تحلف له؟ ونقله الباجي ولم يختار شيئاً من ذلك، وذكر أن المشهور كفاية واحد في التحليف. وفي ابن فرحون ما نصّه: تنبيه: قال ابن رشد: حكى في الطور أن كل امرأة تخرج إلى الحمام وغيره بالنهار تحلف بالنهار وإن خرجت مستترّة، قال: وعندي في خروج المرأة بالنهار إلى الجامع كشف لها وحالها وإن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للمحلف عرفت أنها فلاة بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرني بعض الفقهاء أنها وقعت بتونس وأنه وجد نص بذلك إلخ وهذا منه لفظه. قوله: (وظاهر قوله: وما له بال أن المرأة لا تخرج في ريع دينار) هذا قول، والمشهور أن المعتبر هو ريع دينار، وفسر أبو الحسن ما له بال بريع دينار في بعض كلام المدونة، وكلام المدونة في محل آخر صريح، أو كالصريح أو ما له بال هو ريع دينار ولفظها حتى في ابن النّاطم. وقال أبو الحسن ناقلاً عن غيره فسر أبو محمد ما له بال بريع دينار، وقال غيره: ما له بال المال الكثير، ورأى أن النساء خلاف الرجال فقد تخرج المرأة للجامع في ريع دينار، وفسر اللّخميّ المال الكثير بدينار فأكثر. وفي ابن فرحون ما نصّه: واختلف في القدر الذي تخرج المرأة إلى الجامع فيه فقيل للرجل وقيل إلا في الكثير. ابن محرز: وهذا إقبحه بظاهر الكتاب لشقة خروج النساء للمحلف هذا لفظه. وقوله: (وهذا أيضاً في اليمين التي في ريع دينار فأكثر إلخ) هو صحيح، وأما فيما دون ريع دينار فلا قيام ولا استقبال كما لا يحلف في الجامع، لكن قال أبو الحسن: يحلف فيما له بال في الجامع نصّه مفهوم قوله فيما له بال أنه يحلف في غيره أي في أي مسجد من مساجد بلده وهو نص الجلاب. وقال الإخوان: يحلف في مكانه الذي قضى عليه فيه، حكاه ابن يونس، قلت: وبه العمل انتهى بلفظه. وما ذكره الجلاب كنا نحكم به إذا ادعاه من له اليمين وكانت الدعوى قريبة لأن العامة إذا لم يكن مسجد تقدم على اليمين كثيراً فافهم كلام الجلاب. قال ابن ناجي: تَمَّه بعض المشايخ بقوله: فإن لم يكن عندهم مسجد حلف كما قال غيره: ولا يكلف بالانتقال إلى الجامع إلخ. وفي مكان آخر عنده يحلف جالساً في مكانه،

التصايب فأحرى أن تكون كذلك في الحقوق البدنية لحلّ العصم وما أشبه ذلك، قال ابن القاسم: سمعت مالكا يقول: يحلف في المسجد الجامع إذا كان ذلك يبلغ ربع دينار فصاعداً، وأما الشيء التافه فإنه يحلف في مقامه وحيث قضى عليه باليمين، قال مالك: ويحلفون قياماً ومن المدونة: وكل شيء له بال فإنما يحلف فيه في جامع بلده في أعظم مواضعه، وليس عليه أن يستقبل القبلة، ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا منبر النبي ﷺ في ربع دينار فأكثر اهـ (٣٢). من الشارح. زاد المواق ما نصه قال ابن وضاح لسحنون: إن ابن عاصم كان يحلف الناس بالطلاق فمن أين أخذ هذا؟ قال: من قول عمر ابن عبد العزيز تحدث للناس أقضية إلخ قال ابن أبي ريد: وكان سحنون لا يقبل الوكيل من المطلوب إلا إذا كان مريضاً، أو امرأة ويقبله من الطالب فقيل له: أليس مالك كان يقبله منهما؟ فقال: قد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية إلخ اهـ وعلى عدم وجوب الاستقبال كما في المدونة. ذهب الشيخ خليل، والناظم ذهب على القول بالاستقبال لجريان العمل به، وهو قول مطرف وابن الماجشون وانظر ما تقدم من التحليف بالطلاق، استناداً لقول عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضية إلخ فإن الذي يظهر أن المراد الأقضية المباحة التي يتحلى بها على دفع الظالم عن المظلوم، وسد أوجه الخيل التي يستعمل الأدلة الخصم، مع كون ذلك على وجه جائز شرعاً لا على الوجه الذي لا يجوز شرعاً، فإن الحلف بالطلاق ممنوع أو مكروه كما ورد أن الطلاق، والعقاق من إيمان الفساق، والعقوبة على المعصية بالمعصية تكثير لها، وذلك لا يجوز فانظر ذلك، ولعله ذهب على الكراهة لمسيس الحاجة إلى ذلك ارتكاباً لأخف الضررين والله أعلم. وأما منع المطلوب من التوكيل فهو قول سحنون، كما يصرح به الناظم في الوكالة، وجاز للمطلوب أن يوكّل... إلخ قال الشارح: وقوله في المدونة يحلف في الجامع في أعظم مواضعه هو مما يجب أن يلاحظ في

وتقدم أن بعضهم اختار الاستقبال فيما دون ربع دينار وإن كان ظاهر المذهب خلافه، ويأتي قول الناظم: وما يقل حيث كان يحلف فيه إلخ. قوله: (قال ابن وضاح إلخ) في نوازل الأقضية من المعيار ما نصه: قال ابن وضاح قلت لسحنون: ابن عاصم كان عندنا يحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهم بذلك فقال لي: من أين أخذه؟ قلت: من الحديث تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، فقال لي: مثل ابن عاصم كان يتأول مثل هذا اهـ. قال بعض الشيوخ: قوله مثل ابن عاصم كان يتأول مثل هذا هو كلام موجه يحتمل المدح والذم إلخ. وقال ابن ناجي في مسألة ابن وضاح أثناء نقله نصه ففرضته على سحنون فلم يرتضه أي لم يرتض قول ابن عاصم، ومثل قول الناظم لما به عمل في قاس وحلف ابن سودة الشهود، من اللغيف لفجور ريد إلخ، فإن ظاهره يشمل الحلف بالطلاق. قال كاتبه عفا الله تعالى عنه: التحليف بالطلاق لا يحل ولا يجوز أصلاً، ومن مارج القضاء وله عقل سالم علم ولم يرتب في حرمة ذلك، وذلك أن العامة إذا أتوا إلى القاضي يشهدون لفلان بكذا فقالوا: فلان فعل لفلان كذا مثلاً، فإذا قال القاضي لأحدهم:

الوقت لكون الواقع لأكثر موثقي الزمان أنهم يحلفون حيث تأتي لهم (ولا أعلم مستنداً) لهم في ذلك والغالب على الظن أنه جهل بالحق. وفي التهذيب: وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً وتحلف في السير في بيتها إن لم تكن تخرج ويبحث القاضي إليها من يحلفها لصاحب الحق ويجزئ رجل واحد وأم الولد مثل الحرّة فيمن تخرج أو لا تخرج وتقدم أن من وجهه القاضي للتحليف فلا إعتدال فيه ويجزئ الواحد.

فرع: من كلف فيما له بال أن يحلف في المسجد الأعظم عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال: أحلف في مكاني فهو ككوله عن اليمين إن لم يحلف في مقطع الحقوق، رغم ما ادّعي عليه، قال ابن يونس: يريد بعد عيّن المدعي في ذلك الموضع قال مالك: من أبي أن يحلف عند المنبر فهو كالناكل عن اليمين قال الشارح: يريد مالك عند منبر النبي ﷺ.

فرع: أتى الشيخ أبو الحسن الصغير في قوم لا جامع لهم أنهم يحلفون حيث هم، ولا يجلبون إلى الجامع، (وأجاب التازغدي) أنهم يجلبون إلى المسجد الجامع على مقدار مسافة الجمعة صبح من آخر السفر الخامس من المعيار.

(وهي وإن تعددت) في الأعراف على وفاق نية المستحلف

يعني أن اليمين الواجبة بالشرع هي التي يحكم بها على من توجهت عليه؛ لأن سياق الكلام في ذلك وإن تعددت أي تنوعت إلى: يمين تهمة، ويمين قضاء، ويمين منكر، ويمين

أحلف بالحرّام مثلاً أو بالطلاق مثلاً أن شهادتك صحيحة فإنه يصعب عليه غاية ظهور كذبه بعدم حلفه، ولا سيما إن كان عنده نفسه أنه كبير شأنه فيقتحم الحلف بالطلاق، وربما يكون هذا الطلاق هو آخر الثلاث ويصعب عليه مفارقة زوجته فيبقى معها على حرام وذلك هو الدامية العظمى، ولا سيما إن حضر الناس مجلس القاضي فإنه يصعب ظهور الكذب على من يحلف، فافهم هذا فقد جربنا هذا مراراً متعددة حتى ظهر ما أشرنا من مازج العامة وجد كثيراً منهم يحلفون بالطلاق أثناء إخبار بعضهم بعضاً تصديقاً لكلامهم وحكايتهم، فكيف هذا للحلل الموصوف بما ذكرناه؟ قوله: (ولا أعلم مستنداً إلخ) قال كاتبه: لعله رعاية للخلاف الذي يقول صاحبه: لا مزية لبعض المساجد على بعض، ففي طرر أبي إبراهيم عند قول التهذيب: ولا يعرف مالك الحلف عند المنبر ما نصّه: إشارة إلى أن الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب هذا لفظه.

قوله: (وأجاب التازغدي إلخ) هذا هو الحق، لا سيما إن كثر المال وقربت الدعوى كثيراً، وكيف يدعي على بدوي مائة دينار ويحلف بحمله ولا يجلب إلى الجامع مع قربه؟ هذا لا تساعده القواعد ولا نقول به ولا نقرّ من قال بغيره، بل يجلب على أكثر من مسافة الجمعة فيما يظهر، وأما على مسافة الجمعة فالجلب لا نشك في وجوبه أصلاً، وإن كان في كلام غير أبي الحسن ممن

كمال التصاب فإنها كلها على نية المستحلف أي: الطالب للحلف، وهو المحلوف له، فمن طلب دينه من غريمه فحلف الغريم أنه لا شيء عنده، ونوى حاضراً مثلاً فإنه يحث، ولا تنفعه نيته. قال الشارح: وعبر الشيخ بالأعراف على قول أكثر أهل المذهب. وأما اليمين التي في غير وثيقة حق فإن كانت بالله فهي على نية الحالف، وإن كانت بغير الله من طلاق، أو عتاق فهي على ثلاثة أقوال: قيل على نية الحالف، وقيل على نية المحلوف له، ثالثاً إن تبرع بها فعلى نيته، وإن طلبت منه فعلى نية المحلوف له، هذا حاصل ما عند ابن الحاجب. قال الشارح ما حاصله: إن إطلاق الناظم في كون اليمين على نية المستحلف صحيح؛ لأن كلامه في اليمين التي تجري بين يدي الحكام، وكلها على وثيقة حق وما كان كذلك فهو على نية المستحلف والله أعلم.

وما يقل حيث كان يحلف فيه (وبالله يكون الحلف)

قبله يشهد لكلام أبي الحسن، ولكن ذلك تضع في أموال، فإن الناس لا يهابون اليمين إلا فيما يعظم من المواضع والمدار في الأيمان على ما يعظمه الحالف، ولا يقال من على مسافة الجمعة يحث بأنه لا يلزمه أن يسير هذه المسافة لأنه يرد عليه أن من هو بطرف المصر وبينه وبين الجامع مثل هذا أنه لا يحلف فيه وليس كذلك مع أن كليهما تجب عليه الجمعة والمال الكثير كالقسامة، وقد قال ولد الناظم علي قول والده في هذا الباب:

وما كمثل الدم واللعان. فيه تحري الوقت والمكان

إن المال الكثير كهاتين المسألتين أي الدم واللعان إلخ. وهو في ابن عرفة وغيره، وعليه فيحلف في المال الكثير كما يحلف في الدم إلخ. وشارحاً التحفة ذكرنا ما رأيت في الجلب في الأموال وأطلقاً، ولذا كان يجلب في القسامة مثلاً من مسيرة عشرة أيام أو أقام على الخلاف في ذلك، فيحلف في المال الكثير من مسافة الجمعة انحطاطاً لرتبة الأموال عن رتبة الدماء، والدماء والأموال تجب بعدلين فقد استويا في هذا.

وقول الناظم: (وهي وإن تعدلت إلخ) تقدم هذا في قول المختصر: أو استحلف مطلقاً في وثيقة حق. وحاصل ما لحصنا من كلامهم الذي يظهر رجحانه إن كانت على وثيقة حق فهي على نية المستحلف بكسر اللام كانت بالله أو بغير ذلك كالطلاق ونحوه، وعلى غير وثيقة حق فهي على نية الحالف في اليمين بالله وغيرها، وقيل في اليمين بالله تعالى فقط، وهذا الشارح نظم المسألة في تكملة المنهج وشرحها، غير أن كلامه في شرح التحفة ربما يقتضي أن الحلف بالعق إذا وقع في وثيقة الحق أنها على نية الحالف، وليس ذلك هو الراجح بل الراجح على نية المحلوف له، وإنما قلنا كلامه في شرح التحفة يقتضي ما ذكر لقله تبعاً لابن الناظم، لأن كلامه أي الناظم في اليمين التي تجري بين أيدي الحكام إلخ، ولا يجري بين أيدي الحكام إلا اليمين بالله تعالى.

وقول الناظم: (وبالله يكون الحلف) حاصل ما ذكرناه في شرحنا ولحصنا أن اليمين هو قول

يعني: أن الحق تتوجه بسببه اليمين إذا كان أقل من ريع دينار، فإن من توجهت عليه يحلف حيث كان في مسجد، أو سوق أو غير ذلك يعني: وكيف كان أيضاً قائماً أو جالساً مستقبلاً أو غير مستقبل. (قال ابن يونس): قال مطرف وابن الماجشون: يستحلف الرجال والنساء قائمين مستقبلين القبلة، في ريع دينار فأكثر في المدينة عند منبره ^{نخبة}، وبغيرها في مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم، وتلقاه قبلتهم، فإن لم يبلغ الحق ريع دينار حلفوا جلوساً إن أحبوا، أو يحلف الرجل في أقل من ريع دينار في مكانه الذي قضي عليه فيه، والمرأة في بيتها ولا تخرج في ذلك. ١ هـ والشاهد قوله: فإن لم يبلغ الحق ريع دينار إلخ وإليه أشار بقوله: وما يقل حيث كان يحلف فيه وأما قوله: وبالله يكون الحلف فهو بيان لكيفية اليمين، كان الحق ريع دينار أو أقل، وفي تقديم اسم الجلالة في البيت إشارة إلى الحصر، وإن اليمين تكون بهذا اللفظ الذي هو اسم الجلالة لا بغيره مما تتعقد به اليمين في غير الحقوق الشرعية: (كالقرآن، والمصحف) وأحرى مما لا تتعقد به كالتبني،

الحالف بالله الذي لا إله إلا هو، أو والله الذي لا إله إلا هو، والمشهور عدم الزيادة على هذا، كانت اليمين في دم أو لسان أو غيرها كما صرح به العبدوسي على المدونة وكذا غيره بل نص عليه البايجي، ولا فرق بين كافر ومسلم، ولا يكفي بالله فقط، أو والله فقط، أو قوله: والذي لا إله إلا هو على الراجح لعدم ذكر اسم الجلالة صراحة، ولو كان الحالف كافراً، وإنما يحلف الحالف يقول للمختصر بالله الذي لا إله إلا هو، ومثل الباء الواو إذ كلاً منهما للقسم، ولذلك الخطاب استظهر أن تاء القسم كذلك، ولا يكفي بالرحمن الذي لا إله إلا هو، ولا الحلف بالطلاق أو العتاق، وما ذكره ابن سهل فإنما هو من باب إسقاط الإنسان حقه إن كان عالماً بالواجب فلا إشكال، وإلا فهو مفرط في السؤال، والمجوسي كغيره في هذا، والإغياض الذي في المختصر في الكتابي بينا وجهه في الشرح، ومن ذكر في اللعان غير هذا فإنه لم يصب، واغتر بكلام المختصر في فصل اللعان لأنه لم يفهمه فافهم هذا ولا بد ولا بد فإننا أتعبتنا نفوسنا في هذا غاية.

قوله: (كالقرآن والمصحف) قال ابن فرحون في هذا ما نصّه: وأما التغليب بالتحليف على المصحف فقال ابن العربي: هو بدعة لم يرو عن أحد من الصحابة وقد أجازه الشافعية إلخ. وقال ابن عرفة ما نصّه: ولو رسم من وجب حلفه عجزه عن الخروج لمحل الحلف لمرضه ففي نوازل الشعبي أربعة أقوال: ابن بقي: إن أثبت ذلك بينة حلف بيسه وإلا أخرج. ابن حارث: وإلا حلف لا يقدر على الخروج لا راكباً ولا راجلاً وخير المدعي في حلفه بينة وتأخير له لصحته فإن نكل لزمه الخروج أو رد اليمين. ابن لبابة: إن ثبت مرضه حلف بيسه بالمصحف وإلا حلف على عجزه وخير المدعي في الأمرين إلخ وهذا منه بلفظه وهو في المتبني قبيل حريم الأبار والمقصود منه ذكر ابن لبابة التحليف على المصحف في الجملة، وقال فيما قاله ابن لبابة في المعيار عن بعضهم ما نصّه: هو عندي حسن، وقد ذكر ابن ناجي على قول التهذيب في الجامع الأعظم ما

والكعبة، وسواء كان الخالف مسلماً أو كتابياً أو غير كتابي ابن الحانجب واليمين في الحقوق كلها بالله الذي لا إله إلا هو فقط على المشهور، وروى ابن كنانة يزداد في ربع دينار، وفي القسامة، واللّمان عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. التوضيح: ظاهره أنه لا بد من الاسم المعظم ووصفه بالذي لا إله إلا هو. المازري: والمعروف من المذهب المنصوص عند جميع المالكية أنه لا يكفي بالله فقط، وكذلك نص عليه أشهب، وكذلك لو قال: والذي لا إله إلا هو ما أجزاء حتى يجمع بينهما، وقال اللّخمي: الذي يقتضيه قول مالك الإجزاء إذا اقتصر على أحدهما، واختاره واستدل له بلزوم الكفارة في أحدهما بغير خلاف. اهـ واقتصار النّاظم على اسم الجلالة كأنه على قول اللّخمي - والله أعلم - أن اللّخمي بحث معه ابن عرفة، قال: أثر تحليل اللّخمي إجزاءها بأنها يمين تكفر، ما نصّه قلت لا يلزم من أنها يمين تكفر أن تجزئ في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ. اهـ. قال الشارح: وما قاله ابن عرفة واضح لا إشكال فيه فتأمل. اهـ.

(فرع: من اشترى شيئاً) ووجهه فأنكر البائع البيع، فشهد للمشتري بالشراء شاهد واحد، فاليمين التي مع الشاهد على الموهوب له لا على المشتري؛ لأن من حجته أن يقول: لا أحلف ويتفع غيري، قاله أبو الحسن الصغير في بعض فتاويه. اهـ.

وبعضهم يزيد في اليهودي منزك التثورة للتشديد

كما يزيد فيه للتشكيل . على النصارى منزل الإنجيل

نصّه: يريد ما لم تكن بلدة يعظم أهلها مسجداً من مساجدهم غير جامعهم فإنهم يحلفون به، وبه حكمت ببلد بلنسية لما وجدت ذلك بها، وكذلك الحكم به ببلد قفصة لما كان ذلك بها إلخ. وهذا منه بلفظه: واحتجنا لهذا حين ولينا القضاء بالمدينة البيضاء فأس الجليدة وقد وجدنا جلّ أهلها يعظمون جامع الحجر، وكنت إذا رأيت الدعوى قرية وطلب رب الحق التحليف بهذا المسجد مكنته من التحليف به بعد أن أعلمه أن الجامع الأعظم هو الذي تحب اليمين به، وإنما سقنا هذا تقوية للتحليف على المصحف لمن طلبه، إذ يمثل كلام ابن ناجي تعرف أن المدار في الإيمان هو المحل الذي يهرب به الخالف، فالمرأة التي لا تخرج للجامع تحلف على المصحف وكذلك المريض فأي ضرر عليهما في هذا، والمصحف يهابه المسلمون والحمد لله، وتعظيمه واجب من جهة كونه مشتملاً على كلامه تعالى وهو الحق المبين، وأما حلف الكافر ببيت النار والكنائس والبيع التي هي باطل محض إلا لأجل أنه يهرب بذلك ويأتي بعد هذا في إرهاب الحلف على أضرحة الصالحين وتحليف اليهود بالسفر، بل في البرزلي قبيل مسائل الضرر أثناء كلامه عن بعضهم ما نصّه: وسمعت ابن لبابة يقتي أن العلية أي من النساء تحلف في يبتها في المصحف هذا لفظه.

قوله: (فرع: من اشترى شيئاً إلخ) قف على الخالف في الهبة من جهات على شرحنا عند قول المتن في كتاب الهبات: أوجد فيه أو في تزكية شاهده إلخ.

وجملة الكفار يحلفون أيمانهم حيث يعظمون

يعني: أن بعض أهل المذهب زاد في يمين اليهود بعد قوله: بالله الذي لا إله إلا هو منزل التوراة على موسى، وفي يمين النصارى يزيد على قوله: بالله الذي لا إله إلا هو منزل الإنجيل على عيسى لقصد التشديد عليهم والتخويف، وهو مراده بالتثقيل (وهذا خلاف المشهور)، والمشهور أن لا يزيد ذلك، وإنما يقول: بالله الذي لا إله إلا هو فقط، ويكون حلفهم حيث يعظمون من كنائسهم، ومواضع تعظيمهم. قال اللّخمي في تبصرته قال ابن شعبان: روى الواقدي عن مالك أنه قال: يحلف اليهودي بالله الذي لا إله إلا هو منزل التوراة على موسى، والنصارى بالله الذي لا إله إلا هو منزل الإنجيل على عيسى، قال: ومن الكفار من لا يحلف بما يحلف به المسلم؛ لأنه ينكر ما يقر به أهل التوحيد، ويحتج بأن ليس عليه الخروج من دينه ليمين وجبت عليه، فيحتاط عليه حتى يقول ما ليس يخرج به عن الشهادة بالحق، ولا يحلف بكفره، وقال محمد في مجوسية أسلم زوجها فلاعت فقالت: أقول والنار ولا أحلف بالله، فقال: لا تحلف إلا بالله. وأرى يمين اليهودي والنصراني على ما روى الواقدي حسناً؛ لأنه إذا حلف بذلك حلف بحق، وفيه تغليب، وزاد في يمين اليهودي بالله الذي لا إله إلا هو؛ لأنهم يوحدون، وفي يمين المجوسي بالله إن أطاع حسن من باب اليمين بالحق، وذلك يؤدي إلى استخراج الحق منه، ويرهب باليمين بغير ذلك مما يعظمه من دينه، وذلك يؤدي إلى استخراج ما طلب منه، ولا فرق بين أن يرهب عليه بالموضع فيحلف في بيت ناره، ويحلف الآخرون في كنائسهم ولا بين اليمين بما يعظمون. ١ هـ. واستشكل الشارح هذا القول، المدونة لا يحلف اليهودي والنصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله، ولا يزداد عليه الذي أنزل التوراة، أو الإنجيل ابن محرر: وظاهرها أنهم لا يحلفون بالله الذي لا إله إلا هو ابن شبلون؛ لأنهم لا يوحدون ولا يكلفون ما ليس من دينهم، وليس كذلك بل يحلفون اليمين على هذه الصورة، ولا يكون ذلك منهم إيماناً، ونص عليه متقدمو علمائنا، ويدل عليه استحلاف المجوس بالله وهم ينفون الصانع. عياض فرق غير ابن شبلون بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد، وبين غيرهم المدونة: يحلف اليهود والنصارى في كنائسهم وحيث يعظمون، ويحلف المجوس في بيت ناره وحيث يعظمون. ١ هـ (قال الشارح: وقد كان القاضي أبو عبد الله بن مالك الأبدى - حفظه الله - أيام استخلافه على قضاء الجماعة بالحضرة (يغلظ على من فهم منه اللد) من اليهود، ويطلب منه غريمه ذلك بالتوراة التي

قوله: (وهذا خلاف المشهور إلخ) صحيح.

قوله: (قال الشارح: وقد كان القاضي إلخ) هذا كلام ظاهر في نفسه. وقوله: (يغلظ على من فهم منه اللد) حسن غاية لأننا وجنا اليهود يهابون هذا السر غاية ويهربون من الحلف عنده

تسميها اليهود بالجلجلة فيأمر بذلك، وكثيراً ما كانوا ينكرون عن اليمين بها ويستخرج الحق من الباطل عند ذلك بعد ما كان ظاهر العزم على اليمين دونها، ولعله أخذ من رأي اللّخمي الإرهاب عليهم بما يعظمون بالقياس على بيت نار للجوسي..

وما كمثل الدّم واللّعان فيه تحريّ الوقت والمكان

يعني أنّ ما كان من الايمان في الامور العظام كمثل: الدماء، واللّعان، والمال العظيم

جهد قواهم، حتى أنّ الكنيسة عندهم الآن في حدود عشرين بعد مائة وألف لا عبسة بها ولا يخافونها أصلاً بحسب ما استقرّر لنا وشاهدنا حين ولايتنا القضاء بالمدينة البيضاء فأس الجديدة أدامها الله تعالى للإسلام، وأخبرنا بذلك مع هذا كثير ممن يوتق بكلامهم وتاملهم فحصل لنا اليقين بما ذكرناه، ولكن يجب أن يتنبه لأمر قد أغفله القضاة لما سمعوا أن الخصم يحلف فيما يخافه وذلك أردع له عن اليمين، وتقع الغفلة عن أمر آخر وهو صعوبة اليمين على الناس فيما يخافونه حتى اشترطوا الخلطة في أصل اليمين فتدفع من لا يخشى الله تعالى ولم يراقبه وكثر منه الدعاوى، وقد سمع أن العمل جرى بتحليف اليهود مثلاً في السفر، وأن الخلطة لا تشترط في توجّه اليمين على ما به العمل أيضاً، فعاد يجليء المدعى عليه لليمين في المحل المشار إليه بمجرد دعواه سلفتك مثلاً فتضطر اليهود من ذلك فيأتي من لا مال عنده من المسلمين ولا يظن به أنه يسلف اليهودي المدعى عليه، والملمون يعتقدون أن له في نفسه وجاهة عند الناس وأن تحليفه يمزق عرضه وإن كان مغرماً عند الله وعباده، فيفر الكلب من اليمين حيث ذكر غاية وتسقط عليه السماء فلا يمكنه إلا الصلح ويرضى المسلم بما يبذله له وإن قل ذلك يشعر بأن دعواه باطلة إلخ، فالواجب في ذلك التحيل مع المجارة على كلام الفقهاء في توصيل كل ذي حق لحقه، وإبقاء من له حق بيده هو أن يجتهد القاضي وينظر لقرائن الأحوال، فإن ظهر منها قوة الدعوى على الذمي، ولا مبعدها أصلاً مكن المسلم من التحليف على السفر إن طلبه، وإن كان يتبين للقاضي بعد الدعوى فليحلف له اليهود بالكنيسة، ويحتج القاضي على المسلم بكلام الفقهاء المتقدمين إن التحليف في الكنيسة، ولا عبسة بالسفر وإن ذكره من ذكره هنا يحتاج القاضي إلى لبه وأسفاره والهرب إلى أسفاره بمثل هذا وأمثاله كثرة عظم أمر القضاء وصعب على من يخشى الله تعالى، فإن الذمي وإن كان لعيناً طريقاً فحقه لا يضيع شرعاً مع القدرة على تمكينه منه، وإذا كان الناس قالوا هذا في السفر الذي هو باطل فليسلك بالمسلمين هذا المسلك الذي في السفر في أضرحة الصالحين نفعنا الله ببركاتهم، بل ذلك أخرى من مسألة السفر، فإن الصالحين عظمهم الله سبحانه، فإن طلب صاحب حق التحليف في قبر صالح فإنه يمكن من ذلك على الوجه المذكور لا مطلقاً والله المعين، وإذا كان يغلف بالحلف عند النار والسفر فكيف بالمصحف وأضرحة أولياء الله تعالى، فإن المسلمين يهابون ذلك غاية والحمد لله، والمصحف أخرى من هذا كله لأن اليمين تتعد به ونجس الكفارة على الحلف به إن حدث، وقدما كلاماً في المصحف والمشاور قال: يحلف اليهودي في الكنيسة حتى في أقل من ربع دينار كما في ابن ناجي على المدونة إلخ، وهذا القول حسن غاية في هذه الأمانة لما ذكرناه من عدم اعتبارهم بالكنيسة في الايمان.

فإنه تغلّظ فيه اليمين بالزّمان والمكان معاً، فيزاد في التغلّظ في هذه الأمور على ما بلغ ربع دينار اعتبار الزّمان أيضاً، (قال ابن عرفة عن الباغي): وقد يغلّظ بالزّمان، روى ابن كنانة في كتاب ابن مسعود: يتحرّى في أيمانهم في المال العظيم، والدّماء، واللّعان وقتاً يحضره النّاس في المساجد، ويجتمعون للصّلاة وما سوى ذلك من مالٍ وحقٍّ في كلّ حين. ١ هـ والمقصود في البيت التغلّظ بالزّمان، وأمّا بالمكان فليس إلّا الجامع وقد تقدّم والله أعلم..

وهي يمين تهمة أو القضا أو منكر أو مع شاهد رضا

يعني أنّ الأيمان على أربعة أقسام: الأوّل: يمين التّهمة وهي اللّزمة في الدّعوى غير المحقّقة وفي توجيهها خلاف يأتي. الثاني: يمين القضا استحسّنها الفقهاء احتياطاً على حفظ مال من لا يمكنه الدّفْع عن نفسه، إمّا في الحال كالغائب والصّغير، أو في المال كاليّت، فهي لردّ دعوى مقدّرة لا حاصلة أي: في مقابلة فرض دعوى الغريم البراءة من الحقّ، وكذلك يمين الاستحقاق الواجبة في غير الأصول، فإنّها في مقابلة فرض دعوى صيرورة المستحقّ للمستحقّ منه هبة، أو ما في معناها من المستحقّ للمستحقّ منه، قال الشّارح: أوّل فصل أنواع الشّهادة. الثالث: يمين المنكر التي في مقابلة دعوى المدّعي محقّقاً لدعواه. الرابع: يمين القائم بشهادة عدل واحد في حقّ ماليّ قال الشّارح: وفائدة تعدّد هذه الأيمان أن يميّز بعضها من بعض لما يلحقها من الأحكام مثل: كونها تغلب أو لا، أو تجب أو سوى ذلك من العوارض اللاحقة لها حسبما يتّضح - إن شاء الله - . والأصل في يمين التّهمة، ويمين القضا عندهم الاستحسان حسبما يأتي لأبن رشد وغيره فيهما، ومن أصول الفتيّا لأبن حارث: كلّ من قضى له على غائب، أو ميتٍ أو طفليّ يحلف لم يقتض، ولم

قوله: (قال ابن عرفة عن الباغي إلخ) حاصل هذا أن الدم واللّعان والمال الكثير يغلّظ فيه بالزّمان والمكان، أما المكان فظاهر وهو الجامع، وأمّا الزّمان فهذا رواه ابن كنانة فيه ونقله عنه الباغي مع أنّ الباغي ترك ابن النّازم منه قول ابن حبيب أن هذا التغلّظ إمّا هو في الدم واللّعان لا في المال الكثير فجعله مبانئاً للدم واللّعان، ولكن انظره هل هو الراجح أم لا؟ والظاهر أن الراجح خلافه. قال في المعونة ما نصّه: فصل: وأمّا التغلّظ بالزّمان فمستحب في الدّماء وأن يكون الحلف بعد العصر، ثم استدللّ بذلك ثم قال: ولأنّ أديار الصّلوات أوقات معظمة مشرفة يرحم فيها إجابة الدّعاء واختير وقت العصر لانه وقت يجتمع فيه النّاس إلخ. وقال ابن ناجي: وظاهر كلامه أي صاحب المدونة أنه لا يعتبر في القسامة زمن معين وهو كذلك، وقيل بعد صلاة العصر يوم الجمعة ذكره ابن رشد ثم قال: وذكر ابن رشد أن العمل مضى عندهم بذلك أي بكونها بعد صلاة العصر من يوم الجمعة هذا لفظه، فقوله: وهو كذلك يدلّ على رجحان عدم اعتبار الزّمان، نعم صاحب التلّفين اقتصر على قوله: وأمّا الزّمان ففي الدّماء واللّعان بعد العصر هذا لفظه، لكن ما به العمل مقدم على المشهور، والعمل ذكره ابن رشد في الدم وما أحوج من شرح

يضع ولم يحلّ وهذه اليمين تسمى بين القضاء، والأصل في يمين المنكر قول النبي ﷺ: «اليمين على المدعي واليمين على من أنكر»^(٣٣) والأصل في اليمين مع الشاهد قول النبي ﷺ: «إن جبريل أمرني بالقضاء باليمين مع الشاهد»^(٣٤).

وتهمة إن قويت بها تجب يمين متسهوم وليس تنقلب

لما ذكر أقسام اليمين مجملة أراد الآن ذكرها مفصلة بذكر أحكام كل واحد منها، فأخبر أنّ يمين التهمة تجب إن قويت التهمة، ولا تجب مع ضعفها، وإذا وجبت فلا تنقلب على المدعي؛ لأن فرض المسألة أنه لم يحقق الدعوى على المدعي عليه، فلا يكلف بالخلف على ما لم يتحققه فقد سئل ابن رشد عن يمين التهمة فقال: أما يمين التهمة وهي الدعوى التي لم تحقق على المدعي عليه فقد اختلف في لحوقها ابتداءً واختلف إذا لحقت على القول بأنها تلحق هل ترجع، أم لا؟ والظاهر في القياس أن لا تجب اليمين إلا بتحقيق الدعوى لقوله

التحفة لنقل هذا العمل لأن صاحب التحفة إنما مقصده تبين ما به العمل واللعان مثله كما لا يخفى، ولذلك قال في المختصر في اللعان وندب أثر صلاة، وقدعنا ما يدل للمصنف في ذلك، وأن اعتراض الخطاب ليس بصواب، وربما تكون الدماء كاللعان أو أخرى لعظمها فاكتمت في المختصر باللعان عنها، ويدل لذلك العمل الذي ذكرته ورأيت بعيني، مع أن التغليظ بالمكان الذي هو الجامع مثلاً فيه قول عندنا بأنه متلوب فقط، لكن ظاهر ما به العمل أنه على وجه الوجوب، وهو ظاهر ما نقلناه عن ابن كنانة أي روايته، وكلام المعونة والمختصر فيه صريح الندب، والأولى حمل العمل على الوجوب، ومن وقف على شرحنا وجد تحقيق هذه الأمور، ولكن في هذا الذي نقلنا كفاية للبيت وغنية للأريب^(٣٥).

قوله: (والذي اختاره إلخ) أما عدم انقلاب يمين التهمة فذلك هو المشهور كما في التوضيح ونص عليه ابن فرحون وغيره، وقد أشار في المختصر إلى عدم الانقلاب في مواضع كقوله في النكاح ولا ترد أي التهمة وفي آخر الشهادات وإن نكل في مال وحقه استحق به يمين إن حقق إلى غير ذلك، فقوله إن حقق مفهومه أنه إن لم يحقق فإن للمتهم بنفس نكوله بغرم وهذا مسلم، وأما توجبه اليمين فيها فظاهر كلام الفقهاء أن اليمين تجب في التهمة على من تليق به التهمة قويت التهمة أم لا، هذا ظاهر كلامهم مع قولهم المشهور والمعمول بها توجيهها، وقال العبدوسي ما نصه: التهمة على قسمين: تهمة تلحق في دعواه معرفة كالاتهام بالسرقة والغصب فهذه لا تلحق

(٣٣) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٥١٤)، ومسلم (٢٦٦٨)، وأبو داود (٣٦١٩)، والترمذي (١٣٤٢)، والنسائي (٥٤٤٠)، وابن ماجه (٢٣٢١)، وأحمد في المسند (٣٤٢/١)، ٣٤٣، ٣٥١، (٣٦٣).

(٣٤) [حديث ضعيف جداً]: أخرجه ابن عدي في الكامل (٦/٢٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٧٠)، وفيه إبراهيم ابن أبي حية قال عنه البخاري منكر الحديث وقال النسائي ضعيف وقال الدارقطني متروك كما في الميزان (٧٩).

(٣٥) الأريب: أي الباغي والمريد.

عَلَيْهِ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَهُ» (٣٦) وإيجابها استحساناً، والأظهر إذا وجبت على القول بأنها تجب أن يحقَّ الحقُّ على المدَّعي عليه بالنكول دون أن ترجع اليمين على المدَّعي، إذ لا يكلف أن يحلف على ما لا يعرف، (والذي اختاره) في هذا أن تلحق يمين التهمة إذا قويت، وتسقط إذا ضعفت ولا ترجع إذا لحقت. قال الشارح: معتمد الشيخ - رحمه الله - في هذا البيت هو ما اختاره ابن رشد في يمين التهمة.

وللتى بها القضا وجوب في حق من يعدم أو يغيب
ولا تعاد هذه اليمين بعد وإن مرّ عليها حين

اشتمل البيت الأوّل على مسألة وهي: بيان بعض من تجب في حقّه يمين القضاء، والثاني على مسألة أخرى وهي: إذا حلف يمين القضاء من وجبت عليه، ثم تأخّر اقتضاه للذين فهل تعاد أم لا؟ فأما المسألة الأولى فاعلم أنّ الفقهاء أوجبوا يمين القضاء على طالب من مات وهو مراده بمن يعدم أو غاب احتياطاً على أموال هذين الصنفين لكونهما في الحال لا يدفعان عن أنفسهما لامتناع ذلك منهما، إمّا مطلقاً كاليتيم، أو مع إمكان ذلك منه في المستقبل كالغائب (وشبهه) فقلّر الفقهاء على فرض حضورهما أنّه لو ادّعى كلّ واحدٍ منهما

اليمين فيها جميع الناس، وتهمة لا تلحق فيها مرة فهذه تلحق اليمين فيها جميع الناس برهم وفاجرهم، وعلى القول بإيجاب اليمين في التهمة وهو المشهور من المذهب وبه القضاء وعليه العمل استحسن ابن رشد إلخ ما ذكره هنا في شرح التحفة وهذا منه بلفظه من نوارل الأقضية، وقوله فهذه لا تلحقه إلخ هذه مثله في دعوى التحقق وهو قول المختصر صلب الغصب وأدب يميز كمدعيه على صالح أي من لا يليق به الغصب وبيّناه في المحل المذكور، وابن سلمون اقتصر على كلام ابن رشد وقال في اختلاف الزوجين في المتاع، وفي يمين التهمة قولان مشهوران فانظره فإني لم أقف على القول بعد اليمين أنه مشهور هنا إلّا ما يفهمه قول المصنف وغيره فيدعي بمعلوم المحقق ولكن ذلك اعترض كما في ابن عرفة وغيره، غير أن الذي قال بتحقيق معلوم هو الذي قال لا يمين في التهمة، ولكن ذكرنا في الشرح كلاماً في توجيه الانقلاب وتفصيلاً في ذلك، وكذا ذكرنا كلاماً عند قول المتن فيدعي إلخ، وفي للمختصر في الودعية ما نصّه: وحلف المتهم أي المودع عنده المتهم أن الودعية تلتفت لا في الردّ فإنّه يحلف متهماً كان أو غيره كما بيّناه في محله، واقتصر في النكت على عدم قلب هذه اليمين التي هي مضمون قول المختصر وحلف المتهم، وعلى توجه اليمين في يمين التهمة عن تليق به اقتصر ابن سهل في أحكامه الكبرى وكذا غيره، وفي نوارل المعيار عن ابن رشد أن يمين التهمة لا تتوجه اتفاقاً إلخ وهذا أحسن، وقول ابن رشد: إذا قويت التهمة وجبت اليمين تكلمنا عليه في الشرح كثيراً عند قول المتن: وحلف المتهم قف عليه إن شئت. قوله: (وشبهه) هو الصغير والسفيه وحاصله المحجور ودليله ما يأتي في باب

أنه قضى غريمه ولا يئنه له، فإن اليمين تجب له على غريمه الطالب، وكذلك هاهنا. وأما المسألة الثانية وهي إذا حلف هذه اليمين من وجبت عليه فإنه لا تتوجه عليه ثانية، ولا يطالب بإعادتها، وإن مر على ذلك حين و زمان ما لم يحدث ما يوجبها من اعتراض الشك في باقي الحق مثل: ما عرض أولاً فإنها تجب ثانياً، ويتصور ذلك بعودة الغائب من مغيبه، وإقامته مدة بعد حلف طالبه معه في موضع الحكم، ثم تعرض له غيبة ثانية فإن يمين القضاء تجب هنا؛ لتجدد ما يوجبها من الشك في بقاء الدين. قال ابن عرفة: وشرط الحكم على الغائب بقضاء دين عليه مع قيام البينة عليه يمينه على بقاء دينه إلى حين الحكم له بذلك. قال ابن رشد في نوازل: هذه اليمين لا نص على وجوبها لعدم الدعوى بما يوجبها إلا أن أهل العلم رأوها على سبيل الاستحسان احتياطاً للغائب وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه. وفي الوثائق المجموعة: يحلف بحيث يجب الحلف قائماً، مستقبل القبلة بالله الذي لا إله إلا هو، ما قبضت من فلان الغائب شيئاً من الدين الذي ثبت لي عليه عند فلان بن فلان صاحب أحكام كذا، ولا قبضت عنه شيئاً، ولا استحلقت على أحد، ولا أحللت به أحداً، ولا وهبت له، ولا شيئاً منه، ولا قدمت أحداً يقتضيه منه وإنه لباقي عليه إلى يميني هذه.

وأما الميث (والصبي والمجنون) ما دام كل واحد منهم بصفته فإنهم لا يقضى عليهم بالدينون إلا بعد استحلاف الطالب لهم؛ لكون الميث يستحيل أن يدعي قضاء الدين، وكذا الصبي، والمجنون ما دام كل واحد منهما بصفته صبح من الشارح، ثم نقل عن ابن رشد أنه لو حلف الطالب هذه اليمين وتأخر اقتضاؤه مدة طويلة لجميع مال الغائب، وبيع عقاره لاحتمال سقوط الدين فتعاد اليمين كما لو كان المدين حاضراً أو ادعى ذلك على الطالب فأحلفه ثم تأخر تنفيذ القضاء لطول بيع ربعه، ثم ادعى الطالب مثل ذلك فإنه يحلفه ثانياً إلى أن قال عن ابن رشد: والصواب أنه لا تعاد عليه اليمين، ثم قال ابن رشد: ولا يشبه هذا إذا كان حاضراً فادعى أنه قضاؤه بعد ذلك أو وهبه إياه؛ لأن اليمين عليه واجبة بنص قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٣٧) بخلاف اليمين للغائب فلا نص على وجوبها. اهـ. وإلى قول ابن رشد أنه لو حلف الطالب هذه اليمين إلخ، أشار الناظم بقوله: ولا تعاد هذه اليمين البيت ثم نقل الشارح عن ابن رشد ما نصه ولو تأخر القضاء

القضاء عند هذا الشارح.

قوله: (والصبي والمجنون إلخ) هذا في ابن الناظم أيضاً وذلك أنهما يمكن أن يكون قضى دينهما كان القضاء منهما أو من غيرهما فلذلك يحلف من له الدين، وما بقي من كلام هذا الشارح هو في ابن الناظم وزيادات كثيرة.

بعد يمينه إلى أن جاء الغائب فأقام معه مدة، ثم غاب لوجب أن لا يقضى حقه حتى يحلف ثانية؛ لأن الشك هنا حاصل كما كان أول مرة، والدين المنجم لا يجب عليه أن يحلف على كل نجم إلا أن يقدم الغائب في خلاله، أو تبعد النجوم بحيث يمكن أنه يعد قبضه النجم الأول مضى فاقضى النجم الثاني، أو وكل من اقتضاء ولا خلاف في عدم حلفه ثانية إذا حلف مع شاهد له بحق وذكره ابن عات، وقال السائل له عياض. قال ابن عات: وهذا يقتضي أن اليمين تكون قبل بيع ريع الغائب، قال الشارح: وقد كنت نظرت في مسألة توجه اليمين بالطعن وهي عيب التهمة، ومسألة توجه يمين القضاء نظراً اقتضى أن قيدت في المسالكين ما نصّه انظره فيه إن شئت، ولو أراد الناظم التنبيه على مسألة ابن رشد: ولو تأخر القضاء بعد يمينه إلى أن جاء الغائب إلخ، لزاد بعد قوله: ولا تعاد هذه اليمين البيت فقال مثلاً:

إلا إذا ما حدث الشك الذي أوجبها من أول فلتحتدي
ويكون الاستثناء راجعاً لقوله ولا تعاد إلخ.

ولليمين أيما أعمال فيما يكون من دعاوى المال
إلا بما عدا من التبّع ما لم يكن في الحال عند المدعي
وفي الإقالة ابن عتاب يرى وجوبها بشبهة معتبرا
وهذه اليمين حيث توجب يسوغ قلبها وما إن تقلب

هذا هو القسم الثالث من أقسام اليمين وهي يمين المنكر، فأخبر أن هذه اليمين لها عمل، وأثر في دعاوى المال مما يقتضي عمارة دمة برية، أو براءة دمة معمورة فتوجه اليمين على المطلوب في الوجه الأول، وعلى الطالب في الثاني وإلى هذا أشار بالبيت الأول، ثم استثنى من دعوى المال دعوى التبّع، وأنها لا توجب يميناً وذلك أن يدعي الإنسان على غيره أنه وهبه شيئاً، أو تصدق به عليه وأنكر مالك ذلك الشيء أن يكون وهب أو تصدق فلا يمين على المدعي عليه في ذلك (على المشهور) وعلى ذلك أنه بقوله: إلا بما عدا من التبّع فهو مخرج من قوله: ولليمين أيما أعمال البيت واحترز بالتبّع من المعاوضة، فإنها توجب اليمين، ثم أخرج من دعوى التبّع التي توجب اليمين صورة واحدة وهي ما إذا كان الشيء المدعى به، أو صدقته تحت يد المدعي في وقت الدعوى فإن اليمين تجب على مالكه أنه ما وهبه، ولا تصدق به وعلى ذلك أنه بقوله: ما لم يكن في الحال عند المدعي

فاسم يكن يعود على الشيء المدعى هبته، أو صدقته في الحال أي حال الدعوى، والمدعى هو الموهوب له بزمعه، ولما دخل في دعوى التبّع التي لا توجب اليمين دعوى الإقالة. وكان ابن عتّاب يرى وجوب اليمين فيها لشبهة ما نبّه على ذلك بقوله: وفي الإقالة البيت، ثم نبّه على أنّ هذه اليمين أي: بين الإنكار حيث تتوجّه بجور قلبها تارةً وذلك حيث تكون الدعوى محققةً، وتارةً لا يجوز قلبها وذلك إذا كانت غير محققة، وتوجب بفتح الجيم مضارع أوجب مبنيّ للثائب وإن بعد ما رائدة ابن عرفة: الباجي في ترجمة ما يجوز من العطية من ادعى على رجل هبة معينة، ظاهر المذهب أن لا يمين على المدعى عليه وقال ابن الجلاب: عليه اليمين وإن نكل حلف المدعي وأخلها، وأمّا إن كان في الدّمة كمن عليه دين فيدعي على ربّه أنّه وهبه له فالظاهر أنّه عليه اليمين، ويحتمل أن يقسم قسمه أخرى، إن كانت الهبة بغير يد الموهوب له، فلا يمين على الواهب، وإن كانت تحت يد الموهوب له فعليه اليمين كانت معينة أو في الدّمة، ويصحّ هذا التقسيم أنّ من استحقّ عرضاً بيد رجل، لم يحكم له حتّى يحلف أنّه ما باع ولا وهب.

قال الشّارح: أقول معتمد الشّيخ - رحمه الله - استثناء التبّع من الدّعاوى الماليّة، إلّا أن يكون بيد المدعي، هو (مقتضى ما ذكره الباجي) - رحمه الله - أنّه يحتمل أن يقسم قسمه أخرى، وفي طرر ابن عات سئل ابن رشد عن دعوى الإقالة ونحوها فقال: ما هي من دعوى المعروف وكان بين شيوخنّا اختلاف في ذلك، ثم نقل عن بعض شيوخنّا أنّ

قوله: (مقتضى ما ذكره الباجي إلخ) الذي وقفنا عليه من كلام الباجي هو قوله ما نصّه: إذا شهد واحد لزيد بأن عمراً أعطاه كذا فإن زيداً يحلف مع شاهده وبأخذه فإن نكل حلف عمرو فإن نكل أدّى وإن لم يكن شاهد فلا شيء لزيد عليه، وهذا ما لم يدع زيد على عمرو أنّه أبراه من دين في ذمته أي من دين لعمرو في ذمة زيد فإن زيداً لا يلزمه أن يدفعه إلّا بعد حلف عمرو أنّه لم يبرئه منه، وكذا ما هو من مال عمرو فإنه إذا ادعى زيد أن عمراً وهبه ذلك فإن عمراً يحلف أيضاً أنّه لم يهبه له لأن عمراً يريد إخراج ما في حوزة في الأمرين أصله حلف المستحقّ لشيء من يد غيره إلخ. وابن عرفة قال ما نصّه: وفي إيجاب دعوى هبة معين بين الواهب قول الجلاب، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلاً: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقاً. ابن عرفة: وكذا هبة ما بيده من معين اهـ. قال الرعيّني في كتاب الدعوى والإنكار ما نصّه: ومن ادعى على أحد من الناس هبة الله أو صدقة أو عطية أو نحلة أو عارية إلى أجل أو سكنى أو عمري أو حبساً أو إخدام عبد أو وصية وكان ذلك بيد المدعي عليه وعجز المدعي عن إثبات البيّنة على دعواه فلا يمين على المدعي عليه إذا أنكر، وإن كانا أخوين أو خليطين بأي خلطة كانت، وإن كانت هذه الأشياء بيد المدعي بما ذكرنا وقام صاحبها يريد أخذها فادعى عليه المدعي بما ذكرنا وأنكر المدعي عليه ذلك حلف وأخذ متاعه استحساناً، والقياس أنّه أولى بمشاعه بلا يمين اهـ. بلفظه. وهذا التفصيل هو الذي في التحفة وهو الذي في المذهب، وخلاف ابن الجلاب الذي

الشيء المدعى فيه إن كان بيد المدعي (أو كان له به تشبُّثٌ) وجبت له اليمين في ذلك على المدعى عليه، وإن لم يكن بيده، ولا له به تشبُّثٌ لم تجب عليه في ذلك اليمين، وهو تفصيل حسن له وجه من النظر، ثم قال: وكان ابن عتَابٍ رحمه الله يقول: لا تجب اليمين للمدعي الإقالة على المدعى عليه فيها إلا أن يأتي بشبهة تقوى بها دعواه، وكذلك كان صاحبه ابن القطان يفني أن لا يمين في ذلك إلا بشبهة. اهـ باختصارٍ وإلى قول ابن عتَابٍ وابن القطان إلا أن يأتي بشبهة أشار المؤلف بقوله: لشبهةٍ معتبرا..

ومثبتٌ لنفسه ومن نفى عنها على البتات ييدي الخلفا
ومثبتٌ لغيره ذاك اكتفى وإن نفى فالنفي للعلم كفى

يعني أن الخالف لا يخلو إما أن يحلف عن نفسه، أو عن غيره وفي كلٍّ من الوجهين إما أن يثبت يمينه شيئاً أو ينفيه، فالأقسام أربعة: فإن حلف عن نفسه فإنما يحلف على البتات سواء أثبت كما إذا قام له شاهدٌ بحق، فإنه يحلف مع شاهدٍ ويستحق ويكون حلفه على البت أن له ذلك في ذمة المدعى عليه، أو نفى كما إذا كان له دينٌ على غائب، أو ميتٌ بينة فإنه لا يقتضيه حتى يحلف يمين القضاء أنه ما قبض منه شيئاً، وإن حلف عن غيره فإن أثبت فيحلف على البت أيضاً كمن قام له شاهدٌ بدينٍ لآبيه الميت فيحلف مع الشاهد على البت، أن لآبيه قبل المدعى عليه ذلك الدين، وإن نفى فلا يحلف على البت بحيث يجزم بنفي ما نفى وإنما يحلف على نفي العلم، كما إذا كان لآبيه الميت دينٌ على ميت، أو غائب فيحلف يمين القضاء عن آبيه على أنه (لا يعلم) أن آباه اقتضى ذلك الدين ولا شيئاً منه، فيمينه في هذه الصورة على نفي العلم لا على البت. قال الشارح: (وظاهر سياقه) أنه لابن يونس ما نصّه قال مالك: يحلف في دينٍ لآبيه الميت على البت، ولو أقام شاهدين على علمه أنه ما علم آباه أنه قبض ذلك الدين، قال ابن كنانة: ويحلف الكبار مع شاهدٍ والدمم على البت في الدين، ولا يعلمون أنه قبض منه شيئاً، ولا قبضه قابض فتصير أولئك اليمينين على البت، والثانية على العلم، وفي العتية من سماع ابن القاسم: وسئل مالك عن الذي يأتي بشاهدٍ واحدٍ في حقٍ لآبيه كيف يحلف أعلى البت أو على

يقابله نقل الباجي إنما هو في معين هو بيد المدعي وفي غير الدين بدليل تأمل ما قدمناه وانظر هذا صدر الهبة عند قول المتن، أوجد فيه إلخ. قوله: (أو كان له به تشبُّثٌ) أي تعلق وكأنه عنى بهذا الدين والله أعلم بدليل ما عند غيره.

قوله: (لا يعلم إلخ) هذا هو قول المختصر، وإن ادعت قضاء على ميت لم يحلف إلا من يظن به العلم من ورثته إلخ أي على العلم كما في شروحه. قوله: (وظاهر سياقه إلخ) كأنه لم يقف على ديوان ابن يونس وإلا فالكلام في ديوان ابن يونس وقد نقلناه بلفظه في شرحنا. قوله:

العلم؟ قال على البتات أنه حقٌ ولكن إن جاء بشاهدين أحلف بالله أنه ما علم أباه اقتضاه ويحلف مع الشاهد على الحق بالبتات، ومع الشاهدين على العلم قال الشارح: ما في العتبية أنها يمينٌ واحدة، ولا خفاء أنهما يمينان: أحدهما على البت مع الشاهد الواحد، وثانيهما على العلم سواء كانت مع الشاهد واليمين، أو مع الشاهدين حسبما تقدم لابن كنانة اهـ ونقل قبل هذا ما حاصله (أن الصغير إذا شهد له عدلٌ واحدٌ) بحقه أن المطلوب يحلف ويبقى الشيء بيده ويسجل له بذلك سجلاً ليحلف إذا بلغ، ثم قال قيل: وكيف يحلف الصبي على ما لا يعلم؟ قال: (لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن به) فله أن يحلف بذلك ويحلف على البت أن هذا الحق لحقٌ. اهـ قوله: ومثبت في الموضعين هو صفةٌ لمحدوفٍ أي: حالفٌ مثبتٌ وذلك إشارة للبتات وقوله: وإن نفى أي: عن غيره..

والبالغ السفيه بان حقه يحلف مع عدلٍ ويستحقه

هذا هو القسم الرابع من أقسام اليمين وهو اليمين مع الشاهد لكمال النصاب، يعني أن السفيه البالغ إذا بان حقه بشهادة عدلٍ واحد فإنه يحلف مع شاهده ويستحق حقه. قال في العتبية من سماع أصبغ قال: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يأتي بشاهد واحد على حقه وهو كبيرٌ سفيهٌ موثقٌ عليه قد احتلم أنه يحلف مع شاهده وإن كان سفيهًا، وليس هذا مثل الصبي هاهنا فإن أبي أن يحلف حلف الآخر وبرئ ولم يستأن به كما يستأن بالصغير، وقاله أصبغ كله، ثم قال وإن نكل السفيه عن اليمين في الموضع الذي يحلف فيه معه حلف المطلوب وبرئ، (ولم يكن للسفيه إذا رشد أن يحلف) كالكبير المالك أمر نفسه اهـ.

(لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن به إلخ) هذا في ابن الناطم، وظاهر هذا أو صريحه أنه لا يعتمد على الظن، وقد قال في المختصر، واعتمد إثبات على ظن قوي، وحاصل ما لخصناه من كلام الناس أنه يقول في يمينه مع الشاهد أن ما شهد به شاهدي لحق جازماً بذلك، ولا يقول أظن ذلك أو أنا ظان، وأما ما يعتمد عليه في هذا البت فقليل لا يعتمد إلا على اليقين وقيل على الظن، والاول هو الذي يظهر رجحانه، وعليه الباسجي قائلًا: هو المعلوم من مذهب مالك وهو قوله وهو الصحيح، بل وعليه العمل على ما تأولناه من كلامهم. وقول المختصر ظن قوي هذا النعت بالقوة ليس في كلامهم إنما هو للغزالي، ولكن قف على الشرح يظهر لك حقيقة ما لخصناه والعلم عند الله، ولكن من تأمل ما كتبناه على قول المتن واعتمد البتات على ظن قوي وما كتبناه في الحاشية على قول المتن وغموس بأن ظن أو شك مطلع علم كثير والله المعين. قوله: (أن الصغير إذا شهد له عدلٌ واحد إلخ) هذا قول المختصر وحلف عبده وسفيه مع شاهد لا صبي إلخ وبيّناه والحمد لله غاية البيان، وسيأتي بيانه في النظم قريباً هنا.

قوله: (ولم يكن للسفيه إذا رشد أن يحلف إلخ) هذا قول ابن القاسم أصبغ، وقول مطرف وابن كنانة وابن دينار أن نكوله لا يسقط حقه، وفي ذلك اضطراب كثير وترجيحات، وذكرنا ذلك

وترجأ اليمين حقت للقضا لغير بالغ وحقه اقتضى

يعني أن الصغير الذي لم يبلغ إذا كان له حق على ميت، أو غائب ونحوهما من لا يقتضى منه إلا بعد يمين القضاء فإنه يقتضي حقه الواجب له الآن، وترجى اليمين الواجبة عليه إلى بلوغه فإن حلف بقي حقه بيده وتم له الحكم به، وإن نكل عنها رد الحق إلى من أخذ منه، وقال في الوثائق المجموعة: ومعنى ترجأ تؤخر وحقه مفعول اقتضى. تحصيل.

(اعلم أن أقسام اليمين) أربعة كما تقدم والذي تتوجه عليه ثلاثة: إما رشيد، أو سفيه

كله عند قول المختصر: وحلف عبد وسفيه إلخ، ولخصنا أن الراجع هو عدم سقوط حقه بنكوله وهو الذي تدل عليه القواعد ويثبت ذلك فعليك به إن رمت التحقيق وما تنجو به مع الله تعالى، وهذا فرع كثير الوقوع، فعليك بمعرفته مع كونه بسيطاً في نفسه، وادع لمن أتعب النفس في ذلك.

قوله: (اعلم أن أقسام اليمين إلخ) اعلم أن الذي لخصناه في شرحنا عند قول المختصر: وحلف عبد وسفيه إلخ ما نصه: الصبي لا يحلف مطلقاً أي في حين صباه والسفيه مولى عليه أو لا يحلف مع شاهده وفي اليمين المقلوبة عليه كدعواه على رشيد بشيء فأنكر الرشيد فإنه يحلف على ما قال ابن سهل فيه هو الصحيح خلافاً لابن الهندي ويحلف يمين الاستحقاق لأن ذلك بمنزلة قيام الشاهد وعين القضاء تؤخر لرشده، وما ذكره في الوثائق للمجموعة من حلفه يمين القضاء فإن نكل أخرت لرشده ظاهره غاية لا سيما قد شهر حلفه اليمين القضاء، لكن الراجع والذي به العمل هو تأخيرها لرشده في هذا، قف على دليله في المحل المذكور من كلام أهل المذهب فقول هذا الشارح: أقسام اليمين أربعة ترك اليمين المقلوبة وترك يمين الاستحقاق ولم يذكرهما صراحة، والسفيه تحلف في ادعاء الوطء على ما في التحفة ولا تحلف الصغيرة، وفي المختصر وحلفت هي أو أبواها إن كانت سفيهة، وقال أيضاً: وصدقت في خلوة الاهتداء أي مع يمينها كما في شروحه، وفي التحفة والبكر مع شاهدها تحلف، وفي ادعاء الوطء أيضاً تحلف وهو خلاف ما في المختصر باعتبار السفيهة، وإذا حلف الأب مع السفيهة فأحرى الصغيرة، ووجه ما في المختصر أنه لا يحلف إلا من يكون قراره لازماً له والسفيهة ليست كذلك، وما في التحفة هو في ابن سهل وابن محرر، غير أن ما في المختصر ادعى على الزوجة أنها وجدت ثيباً، وما في التحفة ادعت أنها وطئت، وقال أيضاً في المختصر في الاختلاف في الصداق: ولا كلام لسفيهة ولكن قف على ما في الشرح عند قول المتن وصدقت في خلوة الاهتداء في فصل الصداق، وعند قوله: وأجل المعترض، وعند قوله: أو بكارتها، وعند قوله: أو الشيوسة في فصل الخيار بين الزوجين، وما ذكره الخطاب في الصغيرة مما يؤذن بحلفها فذلك لا يظهر أصلاً، وخلوة الاهتداء شاهد عرفي كما هو في التحفة وغيرها، والسفيه يحلف مع الشاهد الحقيقي، فيظهر حلف السفيهة في دعوى الوطء كما في التحفة بخلاف الصغيرة فإن الصغير لا يحلف مع الشاهد على المذهب، وعلى ما لخصناه من كلام الناس كان من حق الناظم أن يزيد بعد قوله المتقدم وهي يمين تهمة أو القضاء أو منكرها، ومع شاهد رضي ما نصه:

بالغ، أو صغير، فالأقسام اثنا عشر من ضرب أربعة عدّة أقسام اليمين في ثلاثة من تتوجّه عليه فالرّشيد يحلف الأقسام الأربعة، والصّبي لا يحلف الآن واحداً منها على المشهور، وأمّا بين الإنكار، والتّهمة فلا إشكال، وأمّا بين القضاء فذكر في هذا البيت أنّها تؤخّر إلى بلوغه، وأمّا بين كمال النّصاب فيأتي للنّظام بعد هذا البيت حكم ما إذا شهد له عدل واحد، وأمّا السّقيّ البالغ فيحلف مع الشّاهد، كما ذكر في البيت قبل هذا، وفي حلفه الآن بين القضاء، وتأخيرها لخروجه من الولاية قولان: قال المتطي: في المرأة المولّى عليها تقوم بكالتها^(٣٨)، المشهور أنّها هي التي تحلف وأفتى ابن عتّاب أنّها ترجى عليها اليمين حتّى تخرج من الولاية، ولا يحلف بين الإنكار، ولا يمين التّهمة؛ لأنّه لو أقرّ لم يلزمه ما أقرّ به، والقاعدة أنّ اليمين إنّما تتوجّه في الدّعوى التي لو أقرّ المدّعى عليه بها انتفع المدّعي وهذه لا ينتفع بها فلا توجب يميناً والله أعلم.

وحيث عدل للصغير شهدا بحقه وخصمه قد جحد

يحلف منكرٌ وحقٌ وقفاً إلى مصير خصمه مكلفاً

وحيث يبدى المنكر النكولا بلغ محجورٌ به المأمولا

يعني أنّ الصّغير إذا قام له شاهدٌ بحقّ والمشهود عليه منكرٌ فإنّ المشهود عليه يحلف أن لا حقّ للصّغير عنده، فإن نكل اقتضى الصّغير حقّه في الحال دون يمين، ولا يحلف إذا

وكلها يحلفها الرشيد عكس صبي بدءاً يا مجيد

ثم سفيهاً حلفوا فيما قلب أو مع شاهد بلا قيد طلب

ومثل ذا استحقاق غير ربع فافهم وكن لقولهم ذا سمع

وأخبرنه في يمين للقضا ورشده في أرجح به رضى

وقولنا بلا قيد طلب أي لا فرق في الشاهد بين أن يكون عرقياً أو حقيقياً، فافهم هذه الفائدة وادع لمن قرب الله تعالى. وقولنا بدءاً أي في حين صباه إذ لا حلف للصبي مطلقاً ذكراً كان أو أنثى، ولعل النّظام ومن تبعه لم يذكروا بين الاستحقاق واليمين المقلوبة لأن يمين الاستحقاق تدخل في يمين القضاء كما في تفسير بعضهم لأنه يقول: ما بعث إلخ. ويمين القضاء يقول فيها: ما قبضت إلخ. واليمين المقلوبة شبه اليمين مع الشاهد، لأن النكول قيل إقرار، وقيل هو بمنزلة الشاهد، فلا يحلف مع على الأول بخلاف الثاني، وبيّنا هذا غاية عند قول المتن آخر الشهادات: وإن نكل في مال وحقه إلخ، لكن يمين الاستحقاق تخالف يمين القضاء باعتبار السفه كما رأيته

(٣٨) بكالتها: حافظها أوراها.

كبر، وإن حلف بقي الشيء بيده إلى أن يبلغ الصغير، ويكتب القاضي له بذلك عقدًا بما صحَّ عنده من شهادة الشاهد، فإن بلغ وحلف أخذ شيعته، وإن نكل فلا شيء له. قال ابن يونس: ومن كتاب ابن الموار: وإذا قام لليمين شاهد بدين ووارثه صغير حلف المطلوب، فإن حلف ترك حتى يكبر الصبي فيحلف ويستحق، وإن نكل أي: بعد بلوغه لم يحلف المطلوب ثانية، وإن نكل المطلوب، أولاً غرم ويكتب القاضي بذلك قضيته ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشاهد؛ لينقذه من بعده إن مات الشاهد، وإن شاركه وارث كبير حلف الكبير واستحق قدر حصته، وأحلف المطلوب فإن نكل عجل حق الطفل إن كان حالاً، ثم لا يمين على الصغير بعد كبره كحكم نفذ، ثم نقل الشارح عن ابن رشد خلافاً في توقيف الحق فقال: فعلى قول أصبغ هذا لا يجب توقيف الدين، وقد قيل: إنه إذا حلف الذي عليه الحق أخذ منه الدين فيوقف حتى يكبر الصغير فيحلف، ويأخذه، (ومعنى ذلك إذا لم يكن غنياً) وخيف العدم، وهو في القياس صحيح إذ لو كان المدعي فيه شيئاً بعينه لوجب توقيفه، أو يبعه وتوقيف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم في سماع محمد بن غالب إذا وقف الدين، أو العرض فضمامه من الصبي إن حلف ومن

فالحق هو التمييز، وعلى ما في الوثائق المجموعة يصير السفية كالرشيد في هذه الأيمان، وفي الشرح للمحل المذكور مسائل حسان تناسب، قف عليها إن شئت من حلف العبد أو سيده في أمور والبكر في الاقتضاض وغير ذلك.

قوله: (ومعنى ذلك إذا لم يكن غنياً إلخ) صاحب المختصر قال في الصبي الذي قام له شاهد ما نصه: وحلف عبد وسفيه مع شاهد لا صبي وأبوه وإن أئفق وحلف مطلوب لترك بيده وسجل ليحلف إذا بلغ كوارثه قبله إلا أن يكون نكل أولاً ففي حلفه قولان، وإن نكل اكتفى بيمين المطلوب الأولى إلخ. وعبارة ابن رشد في بيانه بعد كلام وبعد حلف المدعي عليه ما نصه: قال أصبغ: لأنه قد برئ يوم حلف وهو بريء أبداً حتى يحلف الصبي فيكون حلفه كالشهادة الحادثة القاطعة، فعلى قول أصبغ هذا لا يجب توقيف الدين، وقد قيل: إذا حلف الذي عليه الحق أخذ الدين منه فوقف حتى يكبر الصغير فيحلف ويأخذه، ومعناه إذا لم يكن ملياً وخيف عليه العدم وهو في القياس صحيح، إذ لو كان للمدعي فيه شيئاً بعينه لوجب توقيفه أو يبعه، ويوقف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم في سماع محمد بن خالد، وإذا وقف الدين أو العرض فضمامه من الصبي إن حلف ومن الغريم إن نكل ولم يحلف، لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما بتمام الحكم ببلوغ الصبي، فإن حلف لم يجب لأحدهما على صاحبه شيء حلف أو نكل، لأنه إن حلف وجب له وكانت مصيبته منه، وإن نكل عن اليمين وجب للمدعي عليه وكانت مصيبته منه إلخ وهذا منه بلفظه. فظاهره رجحان التوقيف في الدين والاتفاق عليه في العرض وهو المعين، وليس هذا الاتفاق بصحيح. ففي الجواهر ما نصه: فإن حلف ففي إيقاف المشهود به إذا كان معيئاً كدار أو عبد وكان بما يخشى تلفه إن لم يوقف قولان مبنيان على الخلاف في أن القضية

الغريم إن نكل ولم يحلف. قال ابن رشد: لا اختلاف في أن الذي عليه الحق إذا نكل يغرم ولا يجب على الصغير إذا بلغ أن يحلف؛ لأن نكله كالإقرار. فرع وكذلك وكيل الغائب يقيم شاهداً واحداً على حق الغائب فيقضى على الذي عليه الحق باليمين إلى أن يقدم الغائب فيحلف مع شاهده، وإن نكل عن اليمين غرم ولم يكن على الغائب إذا قدم أن يحلف. ١ هـ وقد ذهب النازم على ما تقدم أنه الجاري على قول أصبغ من عدم التوقيف؛ لأن معنى قوله: وحق وقفا أي: بيد المدعى عليه وظاهره كان ديناً، أو شيئاً معيناً كان المدعى عليه غنياً، أو فقيراً وبه صرح الشيخ خليل حيث قال: وحلف مطلوب لترك يده وسجل ليحلف إذا بلغ. فرع: في العتية يشبه ما تقدم قال أشهب في الميت يثبت عليه دين

مستندة إلى الشاهد، وإنما اليمين كالقوة، فيوقف المطلوب إذا وجد سببه أو ليس استنادها إليه فلا يوقف لعدم السبب إلخ. وهذا البناء في المارري. وفي ابن الحاجب: فإن حلف فقي وقف المعين قولان، قال في التوضيح المعين كدار أو ثوب، زاد اللخمي أو كان غنياً والمدعى عليه يخشى فقره والقول بعدم الوقف قاله الأخوان وأصبغ وابن عبد الحكم، وعليه إذا حلف بعد بلوغه أخذه بعينه إن كان قائماً أو قيمته إن فات، والوقف هو ظاهر الموازية وكتاب ابن سحنون وهو ظاهر لأن شهادة الشاهد لم تبطل رأساً، وإنما حلف المدعى عليه ليتأخر الحكم إلخ. وفي الباجي مثل هذا. وقال الرجراجي: فإن حلف بقي الحق عنده كان الحق معيناً أو ثابتاً في الذمة حتى يحلف الصغير بعد بلوغه فيستحق حقه ما كان منه في الذمة وما بقي من المعين، وإن فات فقيمه يوم الحكم به للصبي إن كان سبب القورات من الذي هو بيده أو من آدمي غيره، وإن كان من قبل الله تعالى فلا شيء عليه إلا أن يكون غاصباً أو متعلداً، رواه ابن حبيب عن الأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم اهـ. بلفظه، وتفصيله في الضمان لم يذكره الباجي. وقوله يوم الحكم به عبارة العبدوسي هي قوله ما نصه: هل يضمن قيمته يوم الحكمة أو يوم الهلاك؟ هكذا قال ولم يهزم بأحدهما. وفي نهاية المنتهى: هل يوقف المعين وكان عيناً وخشي فقر الغريم ففي كتاب محمد يوقف، وفي كتاب ابن حبيب لا يوقف إلخ. فظاهره أن محمداً صرح بذلك، وقد رأيت أنه ظاهر كتاب الموازية. وذكر ابن يونس أن المبين وما له غلة يسلم للغريم، ونسب لابن عبد الحكم وأصبغ. وقال في محل آخر: يوقف للصغير حتى يكبر إلا ما لا يصلح إيقافه مثل الحيوان ونحو ذلك فيباع ويوقف ثمنه إلخ، وقوله مثل الحيوان به تغزف معنى قولهم يباع إن خشي عليه وعلى عدم الوقف مر في المختصر لقوله لترك يده، نعم من يخشى فقره ظاهر معه الوقف، وكان صاحب المختصر لم يستثنه لظهوره، ولأنه قال وسجل ليحلف إلخ إذ فائدة التسجيل تقل مع ما ذكر من خشية العدم، مع أن تعليل صاحب البيان وابن شماس قد يظهر منه عدم الوقف مطلقاً وهو ظاهر المختصر، وليس صريحاً في ذلك كما في هذا الشرح، وكلام الناس رأيته وبه تعلم ما في هذا الشرح من عدم الاستبقاء للمسألة وما فيه من الإجمال والإبهام، وقول النظم: وحيث يبدي إلخ. قال المنتهى في هذا ما نصه: فلو نكل الغريم أولاً أخذ الحق منه ولا يحلف الصبي إذا كبر وهو المشهور وبه العمل إلخ. وقف على الشرح تر كلام الناس وتحريره والحمد لله.

فيجد وصيه شاهداً بالبراءة منه ، والورثة صغاراً فيحلف الطالب أنه ما قبض ، فإن حلف دفع إليه المال الآن فإذا كبر الصغار حلفوا واسترجعوا المال . .

والبكر مع شاهدها تحلف وفي ادعاء الوطء أيضاً تحلف

(وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه وحلف الابن مذهب)

يعني أن البكر البالغ إذا قام لها شاهدٌ بحق فإنها تحلف معه وتستحق ، وهذا كما تقدم في السقيي البالغ حيث قال : والبالغ السقيي البيت وكذلك أيضاً إذا خلا بها الزوج خلوة اعتداء وأدعت الوطء وأنكره الزوج ، فإن خلوته بها شاهدٌ عرفي يشهد لها فتحلف معه وتستحق الصداق كاملاً ، وقد تقدم هذا في قوله في القسم الثاني من أقسام الشهادة وهي التي توجب الحق مع اليمين ، وما هنا عن شاهد البيت وعلى هاتين المسألتين اشتمل البيت الأول . قال ابن سهل في أحكامه عن ابن لبابة : إن العواتق الأكار لا يمين على من لم تطلق منهن من الولاية إلا في شيء يكون لهن به شاهدٌ واحد ، فإنهن يحلفن كما يحلف السقيي ، وفي مثل ادعائهن على الأزواج الوطء ا هـ . وأما البيت الثاني فقد استدرك فيه قولين آخرين في مسألة الصبي ، يقوم له شاهدٌ بحق ، فقد قدم فيه قولاً واحداً هو المشهور في قوله : يحلف منكرٌ وحقٌ وقفا البيت وذكر هنا قولين آخرين مقابلين للمشهور ، ولذلك قال : وفي سوى المشهور أحدهما : أن الأب يحلف عن ابنه الصغير ، الثاني : أن الصبي هو الذي يحلف . قال الشارح قوله وحلف الابن مذهبٌ يعني به أنه قد قيل : إن الابن يحلف وإن كان صغيراً ، وصافه بالتنكير إشعاراً بأنه مذهبٌ لا يخلو من شذوذ لعدم جريانه على الأصول ، وفيه إشكالٌ كما يأتي ، ثم قال وقال ابن رشد : وليس لوصي الصغير أن يحلف مع شاهد ويستحق حقه ، واختلف هل ذلك للأب أم لا ؟ فالمشهور المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن ذلك ليس له . وقال ابن كنانة : ذلك له ؛ لأنه يمونه وينفق عليه وهذا فيما لم يل فيه الأب أو الوصي للمعاملة ؛ لأن ما ولي فيه أحدهما المعاملة فاليمين عليه واجبة ؛ لأنه إن لم يحلف غرم وقد وقع في كتاب جمعت فيه أنضية مالك والبيث أن الصغير يحلف مع شاهده كالسقيي وهو بعيد ؛ لأن القلم مرفوع عنه فلا يتخرج من الحلف على باطل . .

وقوله في النظم : (وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه وحلف الابن مذهب) هذا قف على كلام كثير فيه في شرحنا ، لكن المشهور هو قول المختصر : لا صبي وأبوه وإن أنفق كما في ابن رشد وغيره ، لكن في الأب المنفق خلاف قوي والوصي أخرى في عدم الحلف لأنه لا يجب عليه الإنفاق وهذا ما لم يلي المعاملة والأحلف كما بيناه في شرحنا .

باب الرهن وما يتعلق به

(ابن عرفة: الرهن) مالٌ قبضٌ توثقًا به في دين فتخرج الوديعة والمصنوع بيد صانعه، وقبض المجني عليه عبدًا جنى عليه وإن شاركه في الأحقية لجواز اشتراك المختلفات في أمر يخصها، ولا تدخل وثيقة ذكر الحق ولا الحميل، ولا يخرج ما اشترطت منفعة؛ لأن شرطها لا ينافي قبضه للتوثق. اهـ. فقوله: «مالٌ» جنس مناسب الرهن؛ لأن الرهن بمعنى المرهون وحّد الاسم دون المصدر الذي هو إعطاء مال توثقًا بحق؛ لأن الاسم هو المستعمل في عرف الشرع، قوله «قبض» أشار به إلى أن الرهن لا يتقرر من غير قبض وهو قول مالك - رحمه الله - وإن وقع منه صحة التوثق به، قوله: «في دين» أشار به إلى أنه لا يصح أن يكون الرهن في معين، وإنما يصح أن يكون في دين، والدين لا يتقرر في المعينات فإن قلت: وقع في كتب الفقهاء أن الرهن صح في العارية، وإطلاقهم يدل على الحقيقة كما تقدم، فالحذ غير جامع قلت: الجواب: أن الرهن المذكور لم يكن في المعين، وإنما ذلك في قيمته إذا هلك وكان مما يغاب عليه بذلك تأوّلوا ما وقع لهم وهو صحيح صح من الرضاع ابن سلمون: وإذا كان في العارية فهو في القيمة فيما يغاب عليه. وفي ابن الحاجب: الرهن إعطاء أمر وثيقة بحق. اهـ. التوضيح: الرهن لغة اللزوم، والحبس قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ﴾ [المائدة: ٣٨] أي: مجبوسة، والرهن دافع الرهن والمرتهن بكسر الهاء آخذ، ويقال للمرهن مرتهن بفتح الهاء، وقد يطلق على آخذه؛ لأنه وضع عنده الرهن، وعلى الرهن؛ لأنه يسأل الرهن. الجوهرية والتووي يقال رهنته الشيء وأرهنته وجمع الرهن رهان ورهون ورهن ابن عبد السلام وأتى بلفظ أمر ليشمل الذوات والمنافع؛ لأنه يصح رهنهما، ونبه بقوله إعطاء الإقباض، لأن الرهن لا يتم بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في قبضه، فلو تولّى المرتهن قبضه دون إقباض ماله وإنه لم يكن رهنا بخلاف الهبة والصدقة؛ (لأنه تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة) ولفظ مقبوضة يقتضي قابضًا ومقبوضًا فلا بد من المقبوض منه، وإلا لم

باب الرهن وما يتعلق به

قوله: (ابن عرفة الرهن إلخ) جميع من حد الرهن ابن عرفة وابن الحاجب وابن شاس والقاضي وصاحب الكافي وغيرهم لم يستوف الرسم حقه، وبيننا ذلك كله في شرحنا وبيننا حقيقة عند الفقهاء غاية البيان بالدليل والرهان من كلام الناس، ومن أرتاب فليظنر فإن العرب بالباب، وما ذكره هذا الشارح هنا من الكلام تبعًا لغيره ففيه اعتراضات يطول بنا تتبعها وقد كتبناها في شرحنا. وقول هذا الشارح: (لأنه تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة إلخ) هو يستدل على شرط الإقباض الرباعي، والآية إنما فيها القبض الثلاثي لأن مقبوضة اسم مفعول الثلاثي، نعم لو

يصح وصفه بكونه مقبوضاً، ولما لم يقل ذلك في الهبة والصدقة صح قبض الموهوب له والمتصدق عليه دون إقباض من الواهب والمتصدق اهـ.

قوله: «وما يتعلق به» يعني كاشتراط حوزة وانقسامه إلى ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه، وما يضمن، وما لا يضمن، وما يجوز اشتراط منفعه، وما لا يجوز، وما يتعلق بذلك مما يكثر فيه التنازع بين المراهنين.

الرهن توثيقٌ بحق المرتهن وإن حوى قايلاً غيبيةً ضمن
ما لم تقم له عليه يئنه لما جرى في شأنه معيته
وإن يكن عند أمينٍ وقفاً فلا ضمان فيه مهما تلفا

اشتمل البيتان الأولان على مسألتين الأولى: حد الرهن وقد تقدم أنه مال قبض توثيقاً به في دين، الثانية أن الرهن إذا كان مما يغاب عليه وكان تحت يد المرتهن وادعى ضياعه فإنه يضمنه إلا إذا قامت بينة على هلاكه بغير سببه فلا يضمنه على المشهور، وقيل يضمنه وهما مبنيان على القولين في كون الضمان ضمان تهمة أو ضمان أصالة، ومفهوم قوله: قابل غيبة: أنه إن كان مما يغاب عليه؛ فلا يضمنه وهو كذلك. واشتمل البيت الثالث على مسألة وهي أن الرهن إذا كان تحت يد أمين فتلف فلا ضمان على المرتهن أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله: وإن يكن عند أمين وقفاً البيت ابن يونس: قال مالك: وما قبضه المرتهن من رهن غاب عليه فضاع فإنه يضمنه (إلا أن يقيم بينة) على هلاكه من غير سببه. قال المتطي: هذا

قال في الآية مقبضة اسم مفعول الرباعي لكان دليلاً واضحاً وهو مع ذلك تابع لغيره وذلك لا يصح والعلم عند الله تعالى.

قوله: (إلا أن يقيم بينة الخ) هذه عبارة التهذيب، وقد قال في المختصر في هذا ما نصه: وضمنه مرتهن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكسره ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلا ببقاء بعضه محرقة أفتى بعدمه في العلم وإلا فلا، ولا اشتراط ثبوته إلا أن يكذب عدول في دعواه موت دابة وحلف فيما يغاب عليه أنه تلف بلا دلسة (٣٩) ولا يعلم موضعه ولفظ التهذيب بتمامه ما نصه: وما وضع من رهن يغاب عليه أم لا على يد عدل فضمنه من الراهن، وما قبضه المرتهن من رهن لا يغاب عليه من ريع أو حيوان أو رقيق أو نحوه فالمرتهن مصدق فيه، ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيب، وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إذا قبضه إلا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه بأمر من الله تعالى أو بتعد من أجنبي فذلك منه اهـ. المقصود منه بالفظ. وكتب عليه أبو الحسن ما نصه قوله فضمنه من راعته وإنما لم يضمن

قول ابن القاسم رواه عن مالك، وبه الحكم وعليه العمل اه فقلوه: من غير سببه يريد بأمر من الله تعالى أو بتعديّ أجنبيّ فذلك من الرّهن، وله طلب المتعديّ ابن الحاجب. وإن كان ممّا يغاب عليه كالحليّ والثياب عند موطن فكالأوّل. التّوضيح: أي فالضمان من

الأمين لأنه مودع عنده قاله ابن يونس. وقوله: فالمرتهن مصدق فيه معناه إن ضاع ابن يونس لقوله **عليه**: «الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه»^(٤٠) ومعناه له غلته، فرأى العلماء ذلك فيما لا يغاب عليه من الرباع والتخل والرقيق والحيوان لأن النخل تثمر والرقيق والحيوان يتج وذلك للرهن فوجب أن يكون عليه ضمانه. ابن يونس: وكذلك الحكم في عارية ما لا يغاب عليه أنه من ربه لحديث الرهن، فقيس الرهن على العارية فيما يغاب عليه لحديث العارية وهو قول **عليه** في سلاح صفوان: «العارية مودعات»^(٤١) وقيست العارية على الرهن فيما لا يغاب عليه لحديث الرهن لاشتباه الرهن والعارية لأن منفعتهما للقباض، بخلاف الوديعة التي منفعتها للمالك، قال بعض البغداديين: وهي حجتنا في الرهن على أبي حنيفة فني إيجاب ضمان الجميع، وعلى الشافعي في إسقاط ضمان الجميع. الشيخ: فالقباضون لمال غيرهم ثلاثة: قابض لمنفعة نفسه كالمشتري والمتعدي، وقابض لمنفعة ربه لا غير كالمودع، وقابض لمنفعتهما كالمرتهن. وقوله: فالمرتهن مصدق فيه. قال ابن يونس: وحكي عن بعض فقهاء القرويين أنه قال: لا بدّ من بينه كان منهما أم لا، وكذلك في عارية ما لا يغاب عليه أو كان شراؤه إياه بالخيار وضمان الشيء المستأجر، قال: وذلك أن هذه الأشياء إما أدخلها لمنفعة نفسه وهي تخالف الوديعة التي لا منفعة له فيها انتهى بلفظه. ثم قال: وفي القراض إنما يحلف المتهم لأن منفعة العامل إنما هي الربح وهي غير محققة. ثم حكى خلافاً في المسألة. ونقل عن بعضهم أنه يحلف المتهم لقد ضاع وما فرطت وما تعديت وغير المتهم ما فرطت وما ضيعت إلخ وهذا كله منه بلفظه. وفي ابن النازم كثير من هذا. وقوله: لأن منفعتهما للقباض أي ولغيره وهو الدافع بدليل قوله بعده: وقابض لمنفعتهما كالمرتهن، وقد علم منه أن بيع الخيار والحواري والرهنان هي من باب واحد في الضمان وعدمه كان ممّا يغاب عليه أو لا، وإلى هذا التفصيل في بيع الخيار أشار في المختصر بقوله: والضمان منه

(٤٠) [حديث ضعيف]: أخرجه موصولاً: ابن ماجه (٢٤٤١)، والحاكم في المستدرک (٥١/٢)، والدارقطني في سننه (٢٨٩٦، ٢٨٩٧، ٢٨٩٨، ٢٨٩٩، ٢٩٠٠، ٢٩٠١، ٢٩٠٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩٦/٦)، (٤٠) كلهم من حديث أبي هريرة موصولاً وضعفه الشيخ الألباني في ضيف الجامع (٦٣٥٧)، وأخرجه مرسلًا: مالك في الموطأ (١٤٧٦)، والشافعي (٣٢٤)، والدارقطني في سننه (٢٩٠٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٩٦/٦)، وقال الشيخ الألباني في الإرواء (١٤٠٦) مرسل.

(٤١) [حديث صحيح]: أخرجه أبو داود (٣٥٦٢، ٣٥٦٣، ٣٥٦٤)، وأحمد في المسند (٤٦٥/٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦، ٩٠)، والطبراني في الكبرى (٧٣٣٩)، وصححه الشيخ الألباني في السلسلة الصحيحة (٦٣١)، وفي الباب عن أبي أمامة أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وأحمد في المسند (٢٦٦/٥)، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٧٩٦، ١٦٣٠٨)، والطبراني في الكبير (٧٦١٥، ٧٢٢١)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٩٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٨/٦)، وفي الباب أيضاً عن يعلى ابن أمية، أخرجه أبو داود (٣٥٦٦)، وأحمد في المسند (٢٢٢/٤)، وابن حبان في صحيحه (٤٧٢٠).

الرَّاهِنُ اهـ وفاعل حوى للمرتهن ومعنى حواه: ضمه وكان تحت يده. وقابل: صفةٌ محذوف أي: رهناً قابل غيبة. وفاعل ضمن للمرتهن أيضاً، و«ما» ظرفيةٌ مصدريةٌ، وضمير له للمرتهن أيضاً، وضمير عليه: للرهن وبيتهُ فاعلٌ تَقَمَّ ومعنيتهُ: صفةٌ لينةٌ ولما جرى متعلقٌ بمعنيتهُ، واسم يكن: للرهن، وجملة وقفـا: خبر يكن، وعند: يتعلّقُ بوقفـا. فرعٌ: قال مالكٌ: وإذا غرم المتعدي القيمة فأحب ما فيه إن أتى الرَاهِنُ برهن ثقة مكان ذلك الرهن أخذ القيمة وإلا جعلت هذه القيمة رهناً وطبع عليها. قال: (وما قبضه المرتهن من رهن لا يغاب عليه من ريع أو حيوان أو رقيق فالمرتهن مصلدٌ فيه)، ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيبٌ، ويكون ضمانه من الرَاهِن. وفي المقرب: وما كان من العروض كلها التي يغاب عليها إذا جعلت رهناً على يد من ارتضياه فهلك فهو من الرَاهِن. قال ابن يونس: لبيان براءة المرتهن: ولم يضمن الأمين؛ لأنه مؤقنٌ، وإنما قبضه لمنفعة غيره كالودع. (فرعٌ: قال اللّخمي): إن اختلفا فدعا أحدهما إلى كونه عند المرتهن والآخر إلى أن يكون على يد عدل كان القول قول من دعا إلى العدل، وهو قول ابن القاسم في العتية؛ لأن المراد من الرهن: التوثق، وهو يحصل بكونه على يد عدل إلا أن تكون العادة تسليمه إلى يد المرتهن، فإن لم تكن عادةً كان للرَاهِن أن لا يسلمه إليه؛ لأنه يقول: لا آمنك عليه. وللمرتهن أن لا يقبضه لأنه يقول: عليّ في قبضه مضرة أضمنه إن كان ممّا يغاب عليه وأتكلّف حفظه إن كان حيواناً. قال الشارح: فعلى هذا إن كان الرهن أصلاً ممّا

وحلف مشتر إلا أن يظهر كذبه أو يغاب عليه إلا بيّنه، فقلوه: وحلف مشتر إلخ هو فيما لا يغاب عليه وحلفه دال على تصديقه. وقوله: أو يغاب عليه إلخ هو فيما يغاب عليه. وقوله: إلا أن يظهر كذبه هو كقلوه في الرهن إلا أن يكذبه عدول إلخ. وربما يكون ما في الرهن أوضح في التعبير. وقوله في الرهن: ولو اشترط ثبوته يجري في بيع الخيار، وكذا قوله في الرهن. وحلف فيما يغاب عليه إلخ فالرهن والمبيع بالخيار متحداً في الحكم، ولكن صاحب المختصر راد في محل ما لم يذكره في غيره كما رأيت اتكالاً على العلم باتحاد حكميهما، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين متهم وغيره وهو كذلك، وكذا العارية هي معهما كالشيء الواحد في الحكم، وقد قال في فصلها صاحب المختصر وضمن للغيب عليه إلا بيّنه وهل وإن شرط نفيه تردد لا غيره ولو بشرط وحلف فيما علم أنه بلا سببه كسوس أنه ما فرط إلخ، وإن وقتت على شرحنا في المواضع الثلاثة ظهر لك سر ما أشرنا إليه غاية، ووجه حكاية هذا الخلاف الذي عبّر عنه بالتردد في العارية فقط، وزيادة قوله فيما علم أنه بلا سببه، وقوله في الرهن: ولا يعلم موضعه إلخ. وهذه فائدة جليّة اشتملت على أمور جزيلة فافهمها تتنك على هذه الأبواب باعتبار الضمان وعدمه. وأما الشيء المستأجر فانتظر عند قول المختصر: وهو أمين إلخ في كتاب الإجارة، ومسألة القراض عند قوله: والقول للعامل آخر باب. قوله: (وما قبضه المرتهن إلى قوله: فالمرتهن مصلدٌ فيه) أي مع بيته كما رأيت وكان من حق هذا الشارح بيان ذلك ولكن تبع ابن النظم في عدم ذلك على عادته مع

لا يضمن ولا يتكلف حفظه يلزم المرتهن قبضه وإن لم تكن هناك عادة (مع أن في قول اللّخمي) إلا أن تكون العادة تسليمه للمرتهن بحثاً؛ لأنه ما أبداه من حجة المرتهن في عدم قبضه واضحة فكيف تردّ عليه بعادة غيره فلي تأمل ا هـ. والجواب - والله أعلم - : أنه إن دخل على المساكنة ولم يبيّن عند من يكون الرهن فيرجع للعادة؛ لأنها كالشرط وإن امتنع ابتداءً، وذكر علوه في عدم قبضه فإنه لا يلزمه قبضه عند أمين؛ لأن القول قول من دعا إليه كما تقدّم.

والخوّر من تمامه وإن حصل ولو معاراً عند راهن بطل

يعني (أن الخوّر من تمام الرهن) ولا يصحّ إلا به، فكذلك إذا عاد ليد راهنه بأي وجه فرض بطل ابن يونس: قال الله تعالى: ﴿فَرَاهَنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣] فلزم بهذا استدانة القبض وهو شرط في صحته، فمضى عاد إلى الرّاهن بوجه ما بطل كالابتداء، قال ابن القاسم: من ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه عند الرّاهن، أو أجره منه، أو أعاره إياه، أو رده إليه بأي وجه حتّى يكون الرّاهن هو الحائز له فقد خرج من الرهن قال ابن القاسم وأشهب: ثم إن قام المرتهن برده قضى لهم بذلك ما لم يدخله فوت من تحييس أو عتق أو تدبير أو بيع، أو قام غرامؤه. وفي المقرب: وإن استعاره منه الرّاهن ثم استحدث ديناً أو مات قبل أن يقدم المرتهن كان أسوة الغرماء وفيه قال ابن القاسم: ومن ارتهن داراً ثم أذن للرّاهن أن يسكنها أو يكرها فقد خرجت من الرهن، (وإن لم يسكن ولم يكر) ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يتمّ إلا بقبضه، فإن تراخى بقبضه إلى قيام الغرماء بطل ولو كان جاداً في طلبه. فرع: إذا وجد الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه فيقبل قوله: حزته في

أن عبارته فيها مادة التصديق وهي عندهم تدل على عدم اليمين. قوله: (الخوّر من تمام الرهن إلخ) عبارة ابن عرفة في هذا ما نصّه: وقبضه شرط خاصته وهي اختصاص المرتهن به إلخ. والحاصل القبض شرط في اختصاص المرتهن بالرهن لا أنه من تمته إذ تام بلا قبض بدليل رهن الأبق، لكن إن قبضه قبل المانع اختص به المرتهن وإلا فهو أسوة الغرماء وإن وجد في قبضه، هذا مذهب مالك وبيّناه صدر كتاب الرهن. قوله: (وإن لم يسكن ولم يكر) صحيح وقد لخصنا في الشرح أن الإذن في إسكان الدار أو إكراهها سبطل للرهن وقع إسكان أو إكراه أو لم يقع، وأما الإذن في الوطء فلا يبطل به الرهن إلا إذا وقع الوطء بالفعل لأن الأمة بيان بها، ولا مستند لمن يخالف في الوطء كابن الحاجب وغيره ممن تبعه، وكذا صاحب التوضيح ومن تبعه واحتجّاه غير ظاهر، والعجب من الخطاب حيث تبعه في ذلك، وصاحب المختصر كأنه خالف ما في توضيحه، وابن الحاجب حيث قال: ويؤذنه في وطء أو إسكان أو إجارة، ولو لم يسكن حيث لم يقل، ولو لم يفعل الشامل لمسألة الوطء، وبيّننا في الشرح وجه اقتضائه على قوله: ولو لم يسكن وهل هو من أسكن الرباعي أو من سكن الثلاثي وإن هذا الإذن في غير الوطء إذا كان يبطل به الرهن لو لم

صحته، وكذلك الهبة. المواق: وعن عبد الملك: لا ينفع ذلك حتى تعلم البيئة أنه حاره قبل الموت أو الفس. قال أبو محمد: صوابه لا ينفعه إلا بمعاينة الحور ابن رشد: يجري هذا الخلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيلدي قبضها في صحته، وفي المدونة دليل القولين جميعاً. الباجي: عندي لو ثبت أنه وجده بيده قبل الموت أو الفس كان رهناً وإن لم يحضروا الحياة، لأنه قد صار مقبوضاً وكذلك الصدقة. اهـ. وهذا هو القول بالافتاء بالحور ابن يونس. قال ابن المواق: صوابه لا ينفع إلا بمعاينة البيئة الحور بعد الارتهان. وفي التوضيح عن اللخمي: إذ لا بد من معاينة البيئة لقبض المرتهن وهذا هو القول بأنه لا يكفي إلا التحويز، (والفرق بينهما) أن الحور رفع مباشرة الراهن

يقع ما أذن فيه فإن ذلك يمنع من أخذ الرهن فقف على ذلك إن شئت، وأن المراد بالكراء هنا أو الإجارة فيما لا بيان به إلى غير ذلك كذكر الخلاف في هذه المسائل الصعاب. قوله: (فرع) قال اللخمي (إن) هذا قال فيه صاحب المختصر والقول لطالب تمحيظه لأمين وفي تعيينه نظر الحاكم (مع أن في قول اللخمي (إن) كلام اللخمي إنما هو حيث دخلا في البيع مثلاً على رهن كذا ولم يعينا عند من يكون ثم اختلفا عند من يكون، وإنما غلبت العادة لأنها كالشرط، وعلم الراهن بالمادة غالباً مع سكوته عند العقد يدل على رضاه بما جرت به العادة، وما قاله اللخمي اختاره صاحب الناحب على ابن الحاجب، والقواعد دالة على أن العرف كالشرط، وكلام التوضيح حسن حيث قال ما نصه: إن وقع الشرط على أن يكون بيد المرتهن أو بيد عدل عمل عليه ولا قبض ابن القاسم في العتية أن القول قول من دعا إلى وضعه بيد العدل، أما الراهن فإنه قد يكره حياة المرتهن خوف أن يدعي ضياعه، وأما المرتهن فلأنه يدفع عن نفسه حفظه، والضمان على تقدير هلاكه إن كان ممّا يغاب عليه، ونصّ اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهن أنه يقضى له بذلك كالشرط (إن) فانظره فهو ظاهر فيما ترومه من حمل كلام اللخمي على ما أشرنا إليه، وهو الذي يرجع إليه قول هذا الشارح آخرًا والجواب (إن) ويدل لذلك أيضاً قول اللخمي: إن اختلفا فرأى أحدهما إلى كونه عند المرتهن (إن) فالهم وانظر عند قول صاحب المختصر وأجبر عليه إن شرط بيع وعين (إن) قوله: (والفرق بينهما) هذا يحتاج إلى كلام طويل، فقال ابن عرفة ما نصه: ولما كان الحور رفع مباشرة الراهن التصرف في الرهن صحّ بيد من لا تسلط للراهن على ما في يده ويطل في غره. ابن شاس: يصح حوز مكاتب الراهن رهته لمرتهنه (إن) وإنما ردنا كلام ابن شاس ليفهم منه ما أشرنا إليه. ابن عرفة: وقال أبو الحسن على المدونة ما نصه: الحور هو القبض والقبض هو الحور. (إن) وقال غيره ممن يكثر عدّه وعليه قال في التوضيح على قول ابن الحاجب: الرهن إعطاء إلى آخر ما تقدم ما نصه، أنّه بقوله إعطاء على الإقباض لأن الرهن لا يتم بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في القبض، فلو تولى المرتهن القبض دون إقباض ماله أو إذنه لم يكن رهناً بخلاف الهبة والصدقة لأنه تعالى وصف الرهان بكونه مقبوضة، ولفظ مقبوضة يقتضي قابضاً ومقبوضاً منه (إن) وهذا منه بنصه، وتبعه شراحه على ذلك، فقوله: فلو تولى (إن) ظاهر في أن ذلك هو الحور،

التصرف في الرهن، والتحويز هو تسليم العطيّة أو الرهن من المعطي أو الرّاهن لمن ثبت له ذلك. الرّصاع: والصحيح أنّ الرهن يشترط فيه التحويز، ولا يكفي الحوز بخلاف غيره. اهـ. ولذلك يكتب في وثيقة الرهن ويسط يده على حوز الرهن فحازه معاينة، ولا يحتاج

وأما استدلاله ففيه شيء فإن القبض المراد به هو جعل الشيء في حوز الإنسان وتمت يده، ولو لم يحضر ربه فالقبض لا يستلزم مقبوضاً منه وإنما يستلزم قبضاً ومقبوضاً، فإن العبد إذا لقيه المرتهن وأخذ بيده وذهب يقال فيه قبض ولم يحضر ربه أصلاً. وقد قال في المختصر: وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف. قال ابن الحاجب: ويصحّ الرهن قبل القبض ولا يتم إلّا به ويجبر الراهن عليه إن كان معيّنًا، فإن تراخى القبض إلى الفلاس أو الموت بطل انقضاء، ولو كان مجدّدًا وقبضه كقبض المسيح إلخ. فأنّت تراه عبر بالقبض عن الحوز وغيره عبر في هذا بالحوز. وقال المتيطي: وتصير الأصول في الدين جائزاً إلّا أنه يفتقر إلى القبض الناجز حين العقد فإن تأخر عنه فسد إلخ. وتوقف الشيخ ميارة بينا عدم إصابته في ذلك. وفي المختصر: وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض وفيه حيز بجمعيه إن بقي إلخ. وفي المختصر مسائل كثيرة من هذا تبعاً لغيره، ولم يشترط أحد في اعتبار هذا القبض أن يكون من مقبوض منه، والمسألة محلالة على العرف كما رأيته في المختصر وعرف الناس يقولون قبض فلان وحشا ونحو ذلك ولا مقبوض منه في هذا. والحاصل الحوز والقبض شيء واحد، وكلامنا في الشرح كاف في هذه المسألة لمن نظر أنقالتنا فيه عن الفحول، ومعنى ذلك أن يكون عنده وأن يضمه إليه بحسب العرف في القبض عند الناس، وأما التحويز فهو كما قال القلشاني ما نصّه: المشهور اشتراط التحويز في حيازة الرهن، ومعنى التحويز أن تكون الحيازة بإذن الراهن والشاذ عدم اشتراطه كالمشهور في الهبة والفرق بقاء ملك الراهن إلخ. وهو في الحقيقة مأخوذ من كلام ابن عرفة هنا. وفي باب الهبة إذ قال ما نصّه: والمذهب لغو التحويز في هباتها إن قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب جار قبضه إذ يقضى عليه بذلك إن منعه. وقول ابن عبد السلام: ويشترط إذن الواهب على القول الشاذ بعدم لزوم الهبة بالعقد هو مفهوم تحليلها. وقوله: ولا يبعد تخريجه على المشهور من افتقار الرهن لإذن الراهن يرد بقوة بقاء ملك الراهن اهـ. بلفظه. وانظر قوله: أن قبض إلخ فإنه دالّ لما قلنا في الحوز، وكان التحويز لفلان هو جعلها في حوزة وحوزه هو قبضه وأن يكون بيده، قال ابن سلمون: والعمل على أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن فهو حوز له إلخ. وهذه عبارة الفحول الباجي وابن شاس وغيرهما. وصاحب المختصر قال في هذه الأمور: والحوز بعد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين وهل تكفي بيته قبله وبه عمل أو التحويز وفيها دليلهما. فقوله: والحوز إلخ أي دعوى الحوز كما لا يخفى أي إذا وجد بيده بعد المانعه وقال حزته قبله فلا عبرة بقوله ولا يصدق في ذلك ولو واقعه من له الرهن على ذلك. وقوله: وهل تكفي بيته على الحوز قبله أي قبل المانع. وقوله: أو التحويز هذا هو الراجح وهو معاينة البيعة التحويز قبل المانع أي لا بد من الأمرين معاينة البيعة، وأن يكون ما تعاينه تحويزاً لا حوزاً وقد علمت الفرق بينهما. وقد قال في المجالس للمكناسي ما نصّه: ولا تنفع البيعة في الرهن أنه قبضه وحازه قبل قيام الغرماء حتى

ذلك في وثيقة الهبة والصدقة، (وكتبه فيهما من جهل الموثق) وإلى ذلك أشرنا بقولنا في تكميل المنهج.

والقبض في غير الرهن كاف وفيه الإقباض على خلاف
لذلك قالوا في رسوم الرهن قط يدك على الحور لرهن قد بسط
وكتبه في غيرهِ دلّ على جهل الموثق كذلك نقلنا

تشهد أنه قبضه وحازه بأمر الراهن وإذنه له. وفي الرصاع: والصحيح أن المرتهن يشترط فيه التحويز، ويدل لذلك أيضاً كلام التوضيح المتقدم، وكلام ابن عرفة رأيته دالاً على ذلك، ولذلك قال في المختصر في الهبة: وحيز وإن بلا إذن فالحور بلا إذن هو كفاية الحور دون التحويز، وهذا في الهبة صحيح وهو المذهب، وأما الرهن فلا بدّ من التحويز بعين، والفرق بقاء الملك للراهن في رهنه، ولا كذلك الهبة والصدقة فإنه ينتقل الملك بنفس الهبة للموهوب له، ولذلك الموثق في الرهن يكتب ويسط يده على الحور إلخ، ويسط يده للحور هو إذن في الحور، وفي الرسالة: ولا تتم هبة ولا حبس ولا صدقة إلا بالحيازة، وقال في الرهن: لا يتم إلا بالحيازة، ولا تنفع الشهادة في حيازته إلا بمعاينة البينة وفي ذلك ما لا يخفاك. وفهم من كلام ابن عرفة وغيره أن الهبة يملكها المعطى له بنفس الهبة وقبولها وهو كذلك، انظره عند قول المتن: وحين إلخ صدر الهبة، وكذا لزوم فإنها لازمة بالقول على المذهب وعليه يترتب قوله: وحيز وإن بلا إذن أي بعد القبول، انظر شرحنا في المحل المذكور ولا بدّ، وفي ابن شاس في الهبة ما نصّه: وإنما الحور شرط في الستمام والاستقرار في الصحة واللزوم إذا ثبتا بوجود السبب ولذلك يجبر الواهب عليه ويحصل من غير تحويزه، بل لا يعتبر علمه به فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم لم يشترط رضاه لأنه لو منعه قضي عليه به إلخ وهذا منه بلفظه. واختصرها ابن الحاجب تابعاً له فيه. ولما ذكر ابن سهل ما يشترط فيه الحيازة من أنواع العطايا ذكر الرهن قائلاً: وهو أوكدها أي في الحور، ووجه الأوكدية تفهمه مما تقدم، وبهذا كله تعرف ما عند هذا الشارح. وكلام ابن عرفة في رسم الحور لا ينافي ما ذكرناه، وجميع ما ذكرنا ملخصه الحور والقبض مترادفان، والتحويز هو الإقباض أو الإذن في القبض، فإذا لم تكن بينة على حور ولا تحويز إلى أن وقع ما وقع بطل الرهن مطلقاً وإن قامت بينة على الحور قبله فذلك على الراجح وفيه خلاف قوي، وما ذكر فيه من العمل لعله لم يعمّ بدليل قوله: وعمل ولم يقل وبه العمل مثلاً، وإن قامت بينة قبله على التحويز عمل به. قوله: (وكتبه فيهما من جهل الموثق) إلى آخر كلامه بنظمه، قال كاتبه عفا الله عنه: وتقبل منه ليس هنا بجعل، وكلام الموثقين مبني على قطع النزاع والخروج من الخلاف كما ذكره في كتب الموثق بإذنه في مسألة الضمان الآتية في قول النظم في الباب الذي يلي هذا أعني باب الضمان، ولا اعتبار يرضاً من ضمناً، وعليه مر هذا الشارح هناك، وتراه إن شاء الله تعالى حين نصل إليه إن شاء الله تعالى وصولنا إليه، والخلاف في مسألة الهبة موجود وهو قول ابن عرفة. وقول ابن عبد السلام

(فرع: إذا كان الرهن) بيد من هو من الرأهن بسبب كمدبره وأمّ ولده وزوجته وعبدّه وولده الصغیر فالإتفاق على لغو حوزهم، وأمّا مثل ولده الكبير ومكانه وما أشبههما ممّا يختلف فيه حسبهما يظهر من النقول. قال ابن عرفة: ولما كان الحوز رفع مباشرة الرأهن التصرف في الرهن صحّ بيد من لا تسلط للرأهن على ما في يده، وبطل في غيره. ابن شاسي: يصح حوز مكاتب الرأهن رهته لمرتهنه.

فرع: ومن هذا المعنى قول مثله الثالث: إن كان لك على رجل طعام سلم حلّ فلا ينبغي أن يوكّل على قبضه منه عبده ومدبره وأمّ ولده وزوجته أو صغار بنه. وهو كتوكيلك إياه فلا تبعه بذلك القبض، ولك أن تبسّمه بقبض الكبير من ولده البائن عنه ١ هـ من الشارح.

فرع: قال في الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون مسألة في الطر: ولا يجوز للمرتهن أن يكرى الرهن من قريب الرأهن، ولا لأحد من سببه، ولا لصديقه الملائف، ولا لأحد يتهم أن يكون اكترى ذلك لربّ الدار، فإن أكراه لأحد من هؤلاء ثمّ أكراه لصاحب الدار خرج الرهن عن أن يكون وهذا للتهمة الداخلة فيه من إجارته ممّن يتهم عليه ونحوه في كتاب الرهن من المتبعية. ١ هـ وفهم من قوله فإن أكراه من أحد من هؤلاء. إلخ أن المرتهن إذا أكراه لأجنبي من الرأهن ثمّ أكراه ذلك الأجنبي من الرأهن فإن ذلك لا يطل، وبهذا رأينا العمل.

والعقد فيه لمساواة وما أشبهها حوز وإن تقدّم

يعني أن عقد المساواة وما أشبهها من إجارة أو كراء للرهن حوز للمرتهن، فمن ارتهن شيئاً ثمّ عقد فيه من راهته مساواة أو كراء وما أشبه ذلك من سائر العقود فإن ذلك حوز له

يشترط إذن الواهب إلخ، وكونه لا تلزم بالقول هو مذنب أهل العراق كما في نقل أبي الحسن وغيره، ونقلناه عند قول المتن في الهبة وحيز إلخ.

قوله: (فرع: إذا كان الرهن إلخ) هذا قال فيه في المختصر: وصحّ توكيل مكاتب الرهن في حوزهم وكذا أخوه على الأصحّ لا محجوره ورقيقه إلخ، ودخل في محجوره ولده الصغیر ذكرّا كان أو أنثى، والولد الكبير إذا كان حاجزاً له ويتيمه ودخل في رقيقه أم ولده والقن مطلقاً وإن كان مازولاً له في التجارة والابن الرشيد والأجير كالمكاتب والزوجة فيها خلاف قوي، لكن مذهب ابن القاسم أنها لا تجوز، وإن كان حوزها هو الذي يظهر ترجيحه، ومع ذلك لم يتحصل لي فيها ما أتقنله والتحمّله، ولكن انظر كلامهم في الشرح والمدير والمعتق إلى أجل داخلان في قوله: ورقيقه، وقد علّلوا حوز المكاتب بأنه أحرر نفسه وماله فانظر عليه البعض مع أنه يخدم سيده في الجملة، ولا كذلك المكاتب فإنه لا يخدم أصلاً فقد أحرر نفسه، ولا كذلك البعض، وفي كلام الخطاب وغيره شيء فافهم هذه الفائدة المشار إليها إجمالاً.

سواء تأخر عقد المساقاة ونحوها عن الرهن - كما ذكر - أو تقدم عقد ذلك على الرهن كأن يكون في يده حائط مساقاة، أو دارٌ مكتراً^(٤٢) ثم يرهن ذلك من ربه فإن ذلك حوز له أيضاً. وعلى ذلك نبه بقوله: "وإن تقدما أي عقد المساقاة ونحوها على الرهن. أما المسألة الثانية وهي تقدم عقد المساقاة ونحوها على الرهن فقال ابن الحاجب: ويصح رهن المساقاة والمستأجر للمستأجر وغيره. التوضيح. يعني إذا دفع رجلٌ حائط مساقاة لرجلٍ فإنه يجوز له أن يرهن ذلك الحائط، وكذا يصح رهن الشيء المستأجر لمن هو في إجارته وغيره. وفي الجلاب من أجر داره من رجلٍ ثم رهنها منه فلا بأس بذلك، وكذلك لو أجزها من رجلٍ ثم رهنها من غيره فلا بأس بذلك، وكذلك من ساقى حائطه من رجلٍ ثم رهنه منه فلا بأس. ونقل عن ابن يونس أن مذهب ابن القاسم أنه يجوز للرجل أن يرهن ما هو بيده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً للمرتهن. وأما المسألة الأولى وهي تقدم الرهن على المساقاة ونحوها (فلم أقف الآن فيه على نص صريح) وظهر من كلام الشارح أنه أخرى؛ لأنه إذا كان عقد المساقاة المتقدم على الرهن حوزاً للمرتهن فأحرى عقد المساقاة المتأخر عن الرهن أن يكون حوزاً للمرتهن، ولذلك غيياً الناظم بتقدم المساقاة وغيرها على الرهن لأنه محل خلاف. ولفظ الشارح وقول الشيخ: وإن تقدما هو في مساق الغاية للخلاف الذي في كون العقد سابقاً اهـ.

والشَّروط أن يكون ما يرهن مما به استيفاء حقٌ يمكن
فخارجٌ كالخمر باتِّفاق وداخلٌ كالعبد ذي الإباقة

قوله: (فلم أقف فيه الآن على نص صريح) قال صاحب المختصر في هذا ما نصّه: والمستأجر والمساقي وحوزهما الأول كاف أي صلح رهن المستأجر المساقى، والصور هنا أصلها أربع مساقى وعين مستأجرة، والعامل والمستأجر إما مرتهن أو أجنبي، والارتهان إما متأخر عن المساقاة والاستئجار أو سابق عنهما، فلذلك ثمان صور، ففي الكافي ما نصّه: ومن ساقى حائطه من رجلٍ ثم رهنه غيره فلا بأس به، وينبغي للمرتهن أن يستخلف مع العامل في الحائط غيره اهـ. بلفظه. ونقله ابن عرفة عن الجلاب وسلمه. وقوله ينبغي يظهر منه أنه إن لم يفعل لم يبطل الرهن إذ المنذوب لا تبطل به العتق، والأصل في لفظ ينبغي عدم الوجوب، والمستأجر يجري مجرى المساقاة كما قرنها في العتبية في هذا بنفسه. وقال ابن عرفة في هذا ما نصّه: ورهن ما هو مؤاجر في تقرر حوزة لمرتهنه بكونه بيد من استأجره ولغوه. ثالثها هذا إن لم يرض المستأجر بحوزة لمرتهنه إلا أن يجعل المرتهن يده معه. اللخمي عن ابن نافع: ورواية محمد واختاره ناقلاً عن ابن القاسم إلخ فنسب لابن نافع الإجزاء مطلقاً رضي بحوزة المرتهن أم لا، وهو قريب من كلام الجلاب والكافي المتقدم. وقال الباجي: ومن ارتهن حائطاً فجعل على يد المساقى فيه أو

يعني أنه يشترط في الرهن (أن يكون مما يمكن أن يستوفي منه) الحق الذي رهن فيه سواءً أمكن الاستيفاء من عينه كاللذائير والدراهم والثلثيات إذا ارتهنت في مثلها وطبع عليها، أو من قيمته كرهن ثوب في دراهم، أو ثمن منافعه كرهن حائط في دين؛ فإنه يمكن استيفاء الحق من ثمن غلته، وأما ما لا يمكن استيفاء الحق منه كالخمر والخنزير فلا يصح

الاجير فليس برهن حتى يجعل على يدي غير من هو في الحائط، وليجعل المرتهن مع المساقى رجلاً يستخلفه أو يجعله على يدي من يرضيان به رواه ابن القاسم عن مالك في الموازية. وقال عبد الملك في المجموعة: إن كان رهنه نصفه لم يجز ذلك في الاجير والقيم وإن رهن جميعه فهو جائز إلخ. ثم علل القولين بما يوقف عليه في الشرح. وقال ابن الحاجب: ويصح رهن المساقى والمشاع والمستاجر للمستاجر وغيره. ثم قال بعد كلام طويل ما نصه: والحوز المتقدم لغير الراهن كالتأخر وكتب عليه في التوضيح بعض مضمون كلام الباجي، وقال أيضاً: ومن المجموعة لابن القاسم يجوز للرجل أن يرتهن ما هو في يده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً، ثم قال: ومقابلته للمالك في الموازية من اكترى عبداً أو داراً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل فراغ أجله لا يكون محوزاً للرهن لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، قيل: فما الفرق بين هذا وفضلة الرهن وقد تقدم فيه حوز الأول؟ قال: هذا محوز عن صاحبه والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكراء إلخ. وبه تعرف أن ما يجري في الكراء يجري في المساقاة، وبالعكس إذا لم نقف على من فرق بينهما مع ذلك ومع كثرة ما نقلناه في المسألة ويتفهم هذا تفهم أن صاحب المختصر مر على الجواز في الصور كلها، وهذا هو الحق لأنه أطلق ولم يقيد بشيء فيحمل على إطلاقه، ويقول الناظم هنا وإن تقدم تفهم أن الحوز قبل الرهن أبعد من الصحة من الحوز بعده، وإذا فهمت هذا فقول الناظم: والعقد فيه إلخ العاقد في البيت المراد به غير المرتهن، وقوله فيه أي في الشيء المروهن وسمّاه مروئناً باعتبار ما آل إليه الحال، والمعنى أن من عقد في الحائط مثلاً مساقاة ثم رهنه لغيره أن المرتهن لا يحتاج لحوز الحائط لكفاية يد العامل، ومن المعلوم أن العامل يقبض الحائط في الغالب أي فقبضه حوز للمرتهن، وكأنه قال العقد المصحب للقبض وهذا يبي تأخر الرهن، وكذلك إذا تقدم الرهن ولم يجزه المرتهن ثم ساقاه من آخر وقبضه العامل فذلك القبض بمنزلة قبض المرتهن إلخ. والناظم أجحف في الجملة.

قوله: (أن يكون مما يمكن أن يستوفي منه إلخ) عبارة ابن شاس ما نصه: وفيه أي الرهن أربعة أبواب: الأول: في أركانه وهي أربعة: المروهن والمروهن به والراهن وصيغة الرهن، والركن الأول المروهن شروطه أن يكون مما يمكن أن يستوفي منه أو من ثمنه أو من ثمن منافعه الدين الذي رهن به أو بعضه، ولا يشترط أن يكون عيناً فيصح رهن الدين بمن هو عليه ومن غيره ولا يشترط فيه الإحرار بل يصح رهن المشاع إلخ وهذا منه بلفظه. وقال قبيل هذا ما نصه كتاب الرهن ومعناه احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم، وفي تعبيره هنا بالعين ما لا يخفى لأن الدين عندنا يكون رهناً كما ذكره هنا نفسه وهو تابع للغزالي في تعبيره بالعين، والدين عند الشافعية لا يكون رهناً كما في وجيزه وقد أخرجه هو من

رهنه. وتعييرهم بالإمكان ليدخل رهن العبد الأبق والبعير الشارد فإنه يمكن استيفاء الحق منه إذا ظفر به، ولا يمكن أن يستوفي منه إن لم يظفر به؛ لأن القاعدة أن كل ما يجوز بغير عوض جار فيه الغرر، وذلك كالطلاق؛ فإنه يجوز بعوض وهو الخلع؛ ويجوز بغير عوض فيجوز أن يتخلعه بعد أبق أو بعير شارد، وكذلك الدين سواء كان من بيع أو من سلف يجوز أن يأخذ عنه وثيقة رهن، ويجوز من غير رهن، فيجوز في الرهن الغرر؛ لأن غاية الأمر أنه إذا لم يظفر بذلك يكون باع أو سلف من غير رهن، وذلك جائز. قال ابن شاس: وشرطه أن يكون مما يمكن أن يستوفي منه، أو من ثمنه، أو ثمن منافعه الدين الذي رهن به أو بعضه. وفي المدونة لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمرًا أو خنزيرًا. قال أشهب: فإن قبضه ثم قلّس الذمي هو فيه أسوة الغرماء؛ لأنه لم يجز في الأصل. وفي ابن يونس، وابن المؤار يجوز ارتهان البعير الشارد والعبد الأبق إن قبضه قبل موت صاحبه أو فلسه قال الشارح: وظاهر إطلاق الشيخ أن رهن ما لا يجوز بيعه للغرر كالأبق والشارد، والتّم قبل بدو صلاحه جائز في القرض وبعد عقد البيع وفي عقد البيع، فأما جواز ذلك في القرض وبعد عقد البيع فقد حكى ذلك اللخمي وغيره، وأما في عقد البيع (ففيه خلاف) حكى ابن رشد أن المشهور جواره قال: وهو ظاهر إطلاقات ابن القاسم في المدونة. وقال ابن عرفة المارري في رهن ما فيه غرر في عقد البيع قولان بناءً على أن للرهن خطأ من الثمن أو لا والله أعلم. تمت. وكما يشترط في الرهن أن يكون مما يمكن استيفاء الحق منه كذلك يشترط في الرهن أن يكون ممن يصح منه البيع. ابن شاس: يصح الرهن ممن يصح منه البيع فلا يرهن المحجور عليه ولا أحد الوصيين إلا بإذن صاحبه.

وجاز في الرهن اشتراط المنفعة إلا في الأشجار فكل منعه
إلا إذا النفع لعام عينا والبذو للصّلاح قد تبينا
وفي الذي الدين به من سلف وفي التي وقت اقتضائها خفي

العين، والدين لم يذكر المصنف رهنه هنا صراحة ولكن المصنف قال: الرهن بذل من له البيع ما يباع والدين يباع، ولكن قال في صدر الهبة عاطفًا على ما تجوز هبته ما نصّه: ودينًا وهو براء إن وهب لمن هو عليه وإلا فالكرهن أي للدين. وقول ابن شاس: بل يصح رهن المشاع هو قول المختصر وصحّ مناع إلخ. والرهن كالضامن. وقد قال في المختصر: إن أمكن استيفاءه من ضامنه وأما ما لا يمكن إلخ أي لا يمكن شرعًا كما لا يخفي. قوله: (ففيه خلاف إلخ) ذكر في المختصر أن رهن الجنين لا يجوز وهو قوله: لا كأحد الوصيين أو جلد ميتة أو جنين وخمر وإن للذمي إلا أن تتخلل وإن تخمر إهرقه بحاكم، وهذا كله إن وقع رهن الجنين في العقد، ومع ذلك ففي الجنين خلاف قوي بالجواز والمنع في العقد، وأما الثمرة قبل بدو صلاحها أو ظهورها فالراجح جواز رهنها أثناء العقد وإن كان في ذلك خلاف أيضًا، ورهن الغائب جائز أيضًا أثناء العقد كالأبق بل الغائب أخرى لجواز بيعه فافهم وانظر الشرح ولا بد.

يعني أنه يجوز للمرتهن أن يشترط الانتفاع بالرهن إن كان مما يجوز شرعاً مثل سكنى الدار واعتمار الأرض وما أشبه ذلك إلا في ثلاثة أشياء: منفعة الأشجار على تفصيل فيها وإلا إذا كان الدين من سلف وإلا ما يختلف الانتفاع به باختلاف الناس. فأما المسألة الأولى: وهي من ارتهن أشجاراً فلا يجوز اشتراط منفعتها وهي ثمارها لكون ذلك من بيع ما لم يخلق، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يخلق^(٤٣) إلا أن يكون النفع لعام عين. وقد بدا صلاح الثمرة المنتفع بها فإن ذلك جائز لخروجه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. المتيطي: من ارتهن أشجاراً واشترط ثمارها في ذلك العام فإن كان الرهن في سلف لم يجز، وإن كان عن بيع والثمره قد طابت فذلك جائز، ولو كانت ستين أو أكثر لم يجز. وأما المسألة الثانية: وهي إذا كان الدين المرتهن فيه من سلف فلا يجوز اشتراط المنفعة أيضاً لأنه سلف جرف نفعاً. قال المتيطي: ولا يجوز اشتراط المنفعة بالرهن في السلف كان ذلك في العقد أو بعده وهو في العقد سلف بزيادة وبعد العقد هدية مديان (وكذلك بعد العقد في البيع أيضاً). وأما المسألة الثالثة: وهي إذا كان الرهن ثياباً أو حيواناً ونحوهما مما يختلف الانتفاع به باختلاف الناس فلا يجوز اشتراط منفعتها، فرب مرتهن ثوباً يسخره ضعفي مرتهن آخر ومستعمل دابة كذلك، ورب لباس ثوب يومين أو ثلاثة ينقص منه ما لا ينقص لو لبسه غيره عشرة أيام أو أكثر، وعن هذا المعنى عبر بقوله:

قوله: (وكذلك بعد العقد في البيع إلخ) حاصل هذا لا صحة بعد العقد كانت العدة يوماً أو سلفاً لأن ذلك هدية مديان، وفي أثناء العقد عدم الصحة في السلف لأنه شرط منفعة في عقد السلف وفي البيع الجواز، وملخصه المنع مطلقاً إلا في عقد البيع بالجواز. قوله: (وأما المسألة الثالثة إلخ) ليس هذا هو الملعب بل الملعب أنه فرق بين الثياب والحيوان والعقار وإن شرط المنفعة جائز في الجميع، قال في التوضيح على قول ابن الحاجب: إذا اشترط المرتهن منفعة مدة معينة جاز في البيع دون القرض لأنه إجارة ما نصّه هنا بيع السلعة بشمن سماء ويعمل الدابة مثلاً لذلك جاز لأن المشهور جواز البيع والإجارة، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين حيوان وغيره وهو اختيار ابن القاسم وعلمه بأنه إجارة، وعن مالك أيضاً كقول ابن القاسم، وبه قال أشهب وأصبغ، قال في البيان: وكره ذلك مالك وظاهرها كراهة ذلك ابتداء، وكون هذا بمن باب البيع والإجارة هو في ابن يونس وأبي الحسن وهو ظاهر لا شك فيه. وفي المنتخب: وقال ابن القاسم وأنا لا أرى في هذا بأساً في الحيوان وغيره إذا ضرب لذلك أجلاً لأنه إذا باعه سلعة بشمن سماء ويعمل هذه الدابة أو بلبس هذا الثوب فيصير بيعاً وكره إلخ. وفي الجواهر: هذه إجارة وبيع. وعبارة

(٤٣) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٥٣٦)، وأبو داود (٣٣٧٤)، والنسائي (٤٥٤٢)، وابن ماجه (٢٢١٨)، وأحمد في المسند (٣٠٩/٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٠٢/٥)، (٣٠٦) بلغظ فنهى عن بيع الستين وبيع الستين هو بيع الشجر ستين وثلاثاً فصاعداً قيل أن تظهر ثماره، وهو باطل إجماعاً لأن بيع ما لم يخلق.

وفي التي وقت اقتضاها خفي أي وإلا المنفعة التي وقت اقتضاها يختلف. وخرج بذلك الدور والأرضون ونحوها؛ لأن منفعتهما لا تختلف؛ لأن في الدور السكنى، وفي الأرض الاعتمار فلا ينقص استعمالها منها، ولا كذلك الثياب والحيوان. قال في المقرب: قلت: فهل يجوز للمرتهن أن يشترط شيئاً من منفعة الرهن؟ فقال: إن كان من بيع فذلك جائز، وإن كان من قرض فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه سلف جر منفعة. إلا أن مالكاً قال لي: إذا باعه بيعاً، وارتهن رهناً، واشترط منفعة الرهن إلى أجل) فلا أرى به بأساً في الدور

المتبطي: يجوز ذلك في الحيوان وغيره في قول ابن القاسم وكرهه مالك في الحيوان والثياب، قال ابن القاسم: لأنه لا يدرى كيف ترجع إلخ. وما علل به هنا ابن النازم قول غير ابن القاسم كان ابن القاسم أجاب عنه بقوله لأنه إجارة يعني وإجارة الثوب والدابة جائزة، والغرر في الرهن جائز، فلا يقال كيف يبقى الثوب بعد الانتفاع به، واللحفي حمل الكراهة على المنع وتبعه ابن سلمون حيث عبر عن ذلك بالمنع، وعبرة الكافي: ويكره. وقد تبين أن الصحيح هو عموم قول المختصر، وجاز شرط منفعة إن عينت بيع، وفي ضمانه إذا تلف تردد مع أن قوله وفي ضمانه إنما يتأتى فيما يغاب عليه كالثياب، وقد بينا أن الرجوع هو الضمان في هذا، انظر شرحنا فيه فوالد، والعجب من هذا الشارح حيث لم يشر لشيء من هذا تبعضاً لابن النازم على عادته، وصاحب التحفة تبع ابن سلمون وذلك لا يحل اعتماده مع وجود ما ذكرناه، وعبرة المقرب: وأكره ذلك في الثياب والحيوان. قوله: (واشترط منفعة الرهن إلى أجل إلخ) ظاهره أن النقد لا يجوز فيه هذا الشرط، قال العبدوسي على المدونة: إذا كان الثمن نقداً لا يجوز فيه شرط المنفعة، لكن في الكافي ما نصّه: ويضرب للانتفاع به حلاً معلوماً كان أبعد من أجل ثمن السلعة أو مثله أو أقرب له. وما في العبدوسي لم يظهر لنا لأن هذا بيع وإجارة فأى مانع يمنع منه مع أنه كيف يكون الرهن في بيع النقد إلا إذا كان على أن يأتي بالثمن مثلاً، نعم إن باع على النقد واشترط المنفعة على أن يؤخره فذلك سلف جر نفعاً لأن التأخير سلف فافهم.

تنبيه: قولهم: هذا بيع وإجارة واجتماعهما جائز ظاهر غاية، وبيان ذلك إذا باع زيد كتاباً من عمرو بعشرة دنائير مثلاً إلى أجل سنة ورهته عمرو عبداً في ذلك وشرط زيد منفعة العبد له سنة ومنفعته في السنة مثلاً تقوم بدينارين فالتكتاب ثمنه عشرة وتلك المنفعة فوق العشرة فخمسة أسداسه بيع وسدسه في منفعة العبد إجارة، فالخارج من يد زيد كتاب، والخارج من يد عمرو عشرة دنائير، ومنفعة العبد سنة، وإذا ثبت هذا فقولهم هنا لا يجوز اشتراط الثمرة إلا إذا طابت وكان ذلك في عام طيبها فقط إنما لم نجز ذلك لأن صاحب المختصر قال في كتاب الإجارة لا لاختد ثمرة لأن الإجارة لا تكون إلا في المنافع والثمار، ولأن هذا شراء ثمر لم يبد صلاحه أو لم يوجد وذلك غرر، وجاز ذلك فيما طابت لعامها لأن ذلك شراء لها وقد قال: وجاز بيع ثمر إلخ. والأرض إنما يجوز شرط منفعتها إذا رويت لا قبل ذلك كما في العبدوسي وغيره لقول المختصر: وأرض لم يؤمن ربه مفهومه أنه إذا أمن جار وهو كذلك، وشرطوا أيضاً أن لا يكون

والأرضين، وأكره ذلك في الثياب والحيوان اهـ. وقوله وفي الذي عطف على قوله إلا في الأشجار فالذي: صفة لمحلوف أي وإلا الرهن الذي للدين، وضمير به: للرهن الموصوف بالذي، وباؤه ظرفية وكأته من باب القلب أي إلا الدين الذي فيه الرهن من سلف. ويحتمل أن المراد: إلا العقد الذي الرهن فيه من سلف فلا يجوز فيه اشتراط المنفعة.

وبجوار بيع محدود الأجل من غير إذن رهن جرى العمل
مع جعله ذاك له ولم يحن دين ولا بعقده الأصل قرن

يعني أن من رهن رهناً في حق إلى أجل محدود وجعل للمرتهن بيع ذلك الرهن (بمعنى أنه وكله) على بيعه إن حل الأجل ولم يقضه حقه، وكان جعله له ذلك بعد عقد المعاملة، وقبل حلول الأجل المضروب أي فيما بينهما فإنه جرى العمل بجوار بيع المرتهن للرهن المذكور إذا حل الأجل ولم يقضه حقه من غير إذن الرأهن إذناً ثانياً. ومفهومه أنه لو جعل له بيعه في عقد البيع، أو بعد حلول الدين فإن ذلك كالعهد؛ لأنها وكالة اضطرار، وعلى اعتبار الإذن الحاصل في نفس العقد. لكن بالنسبة للأمين ذهب الشيخ خليل حيث قال: وللأمين يبيع بإذن في عقده. فقله ويجوز: يتعلق بجرى، ومحدود: صفة في اللفظ المحذوف أي رهن محدود أجله، ومن غيره: يتعلق ببيع أيضاً، وجعل: مصدر مضاف للمفعول أي مع جعل الرأهن ذلك البيع له أي للمرتهن، والحالة أنه لم يحن أي لم

الدين من طعام وإلا فلا يجوز رهن الأرض واشتراط منفعتها لأنه كراء أرض بما يخرج منها، وبينما هذا كله مع زيادات في الشرح بأنقال محررة، وإنما أطلنا في هذا لكثرة وقوع هذه المسائل في هذه الأوقات التي هي في حدود الثلاثين بعد مائة وألف، وإنما كان صاحب المختصر لم يتناول لهذه الزيادات لما أشرنا إليه، لأنه إذا صح هذا بأنه كراء فيجري على حكمه، وقد بينه في محاله كما أشرنا لبعضه حتى قال في مسألة الطعام: وكراء أرض بطعام أو بما تبته الخ. والحاصل ما يكون جائزاً في محض الكراء يكون جائزاً مع جمعه مع البيع والعكس بالعكس، ولو كان البيع يجوز والكراء المجموع معه لم يجوز لحرم الصفقة كلها لجمعها حلالاً وحراماً فافهم.

قوله: (يعني أنه وكله الخ) هذه مسائل كثيرة يطول تتبعها، لكن نذكر كلام المتن خلافاً ونختصر شرحه بما هو الراجح وبه تعرف الصحيح من غيره من كلام هذا الشارح ونصه، وللأمين يبيع بإذن في عقده إن لم يقل إن لم أت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيهما الخ. فقله في عقده: وأخرى بعده كما في شروحه ومحشيه، وقوله كالمرتهن بعد أي بعد العقد بيعاً كان أو قرصاً تطوع بالرهن أو شرط في أصل المعاملة، وقد ذكر ابن عرفة ذلك. وقوله: إن لم يقل الخ هو راجع لصورتَي الجواز، ومفهوم بعده أنه لا يجوز في أثناء العقد وهو كذلك كما هو في كلام الناس، مع أن قوله بعده فيه نظر ولكن المصنف تابع لغيره لأنه شبه هدية المديان كما نقله ابن عرفة والمصنف في توضيحه عن التيطي وسلماه، ولكن الجواب وإن كان الاعتراض مذكور حتى في

يحل أجل ذلك الدين ولا قرن أي الجعل الذي هو التوكيل على البيع بعقدة الأصل الذي هو البيع أو القرض، بل بعده، وقبل حلول الأجل فقرن: عطف على يحن، وبعقدة: يتعلّق بقرن، ونائب قرن يعود على الجعل هذا ظاهر كلام النّاطم، وهو الذي في ابن سلمون ولفظه قال بعضهم: وإنّما لا يغني التّقديم في البيع وإن جعل له ذلك دون مشورته، ولا سلطان إذا كان التّقديم في عقد البيع، أو عند حلول الدين؛ لأنّها وكالة اضطرار. وقال إسماعيل القاضي وغيره: ذلك جائز نافذ ولو كان ذلك بعد عقد البيع وقبل حلول أجل الدين لجار الشّروط وعملت الوكالة باتّفاق؛ لأنّها على طوعية. قال محمد بن عمر: وإذا كان هذا التّقديم والرّهن في قرض فلا يجوز؛ لأنّه سلف جرّ منفعة إذ قد رفع عن نفسه المؤنة في بيعه ومشورة القاضي. وقال محمد بن أحمد: ذلك جائز. أمّ. فقوله: ولو كان ذلك بعد عقد البيع إلى قوله على طوعية. هو منطوق قول النّاطم مع جعله ذلك له البيت. وقوله: وإنّما لا يغني التّقديم في البيع إلى قوله: لأنّها وكالة اضطرار هو مفهوم قوله: مع جعله ذلك له البيت. وقوله وقال إسماعيل القاضي هو مقابل قوله وإنّما لا يغني التّقديم وقال إسماعيل القاضي: يغني أي يكفي. وقوله قال محمد بن عمر. إلخ لما ذكر أنّ التّقديم على البيع إذا كان بعد العقد، وقبل حلول أجل الدين فهو جائز، وكان ظاهره العموم كان الدين من بيع أو قرض استدرك الخلاف في ذلك، وأنّ محمد بن عمر قيّد جواز ذلك بالبيع دون القرض، وأنّ محمد بن أحمد أجاز ذلك في القرض والبيع معاً، وهذا هو ظاهر النّظم. ويحتمل أن يكون معنى قوله ولا بعقدة الأصل قرن أنّه يجوز للمرتهن بيع الرّهن من غير إذن الرّاهن إذا لم يكن الرّهن مفروضاً بعقدة البيع أو القرض؛ بأن كان متطوّعاً به بعد العقد، أمّا إن كان مشروطاً في أصل المعاملة فلا يجوز للمرتهن بيعه من غير إذن الرّاهن فنائب قرن على هذا الاحتمال ضمير الرّهن وهو الموافق لنقل الشّارح عن المتطيّ أنّه إن اشترط المرتهن على الرّاهن أنّ له بيع الرّهن عند الأجل من غير مؤامرة صاحبه، أو العدل إن كان على يد عدلٍ جارٍ إن كان الرّهن بعد عقد البيع؛ لأنّ كلّ ذلك

الوثائق للمجموعة أن هذا الإذن في البيع لا زيادة فيه لصاحب الحقّ إنّما هو يوصل صاحب الحقّ إلى حقه بلا زيد وهو وإن كان يسقط عن رب الحقّ مشقة لكن لا زيد، قف على ما كتبناه في كتاب القرض في شرط تصديق المقرض في عدم القبض، وقف على مسألة من له دين على رجل فأسلفه آخر على أن يشهد بالدينين في الرهن عند قول المتن: أو في قرض إلخ فقيه شبه ما هنا مع كونه لم يشهد بالأول أو لا يظهر لك ما أشرنا إليه، وما استدلل به ابن عرقه ليس متفقاً عليه، وأن ابن العطار جور جعل التصديق بعد العقد في القرض بل الصحيح هو الجنواز حتى في القرض شرط، قف على هذا عند قول المصنف في القرض وكعين كرهت إقامتها، وما جار شرط هذا التصديق إلّا لأجل ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى وفي ذلك كفاية. وقوله: وإلّا مضى فيهما ظاهره وقع فوت في المبيع أو لا كان كثيراً أم لا وهو كذلك إلخ.

معروف من الرهن والإذن في بيعه. قال بعض الشيوخ: وذلك جائز باتفاق. واختلف إذا كان ذلك شرطاً في أصل العقد فقال مالك: لا يباع إلا بأمر السلطان إن كان الرهن بيد المرتهن، أو بيد عدل فإن بيع نفذ البيع ولم يرد. ثم قال: وقال ابن رشد: ولو طاع الرهن للمرتهن بعد البيع، وقبل حلول الأجل بأن رهنه رهناً، ووكله على بيعه عند حلول الأجل دون مؤامرة سلطان جار اتفاقاً لأنه معروف منه، وكذلك شرط توكيل غيرهما، وهو الواقع في عصرنا هـ وحاصله: أن الرهن إذا كان متطوعاً به بعد العقد فللمرتهن بيعه اتفاقاً. وإليه أشار الناظم بقوله: ولا بعقدة الأصل قرن. ومفهومه إن كان مشروطاً مدخولاً عليه فليس للمرتهن بيعه، وهو قول مالك كما تقدم. والاحتمال الأول المؤيد بكلام ابن سلمون هو أقرب لميارة الناظم حيث عيّن وقت الجعل بقوله مع جعله ذاك له ولم يحن... إلخ وليس ذلك في عبارة المتيطي على نقل الشارح والله أعلم. تنبيهات: الأول: ما ذكره الناظم من أنه إذا أذن بعد عقد الرهن وقبل حلول الأجل جار للمرتهن البيع بذلك. قال في التوضيح: قال صاحب البيان وابن مرزوق: لكن نقل المتيطي عن بعض المؤقتين منعه؛ (لأنه هدية مديان). والثاني: ما فهم من كلام الناظم من أن الإذن إذا كان بعد الأجل لا عبرة به هو خلاف قول ابن الحاجب، ولا يستقل المرتهن بالبيع إلا بإذن بعد الأجل التوضيح: قوله: ولا يستقل بل يرفع إلى الحاكم ليطالب الرهن أو يكلفه البيع فإن امتنع باع عليه هـ. الثالث: قال في التوضيح عن الجواهر: فلو قال الرهن، لمن على يديه الرهن من مرتهن أو عدل: إن لم آت إلى أجل كذا فانت مسلط على بيع الرهن فلا يبيعه إلا بأمر السلطان، فإن باعه بغير إذنه نفذ هـ ونحوه في المدونة. ثم قال: وإنما لم يجز البيع هنا للأمين إلا بأمر السلطان؛ لأنه قيد البيع بأن لم يأت، ومن الجائز أن يكون أتى أو حاضراً معه في البلد، فلذلك لا بد له من نظر السلطان بخلاف الأول فإنه قد أذن إذنًا مطلقاً. وعلى ما في الجواهر والمدونة من التقييد بقوله إن لم آت عوّل الشيخ خليل مع اعتبار الإذن الحاصل في نفس العقد بالنسبة للأمين والحاصل بعد العقد بالنسبة للمرتهن حيث قال: وللأمين بيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيهما. فرع: إذن الرهن في بيع الرهن هو توكيل منه على ذلك، والقاعدة أن للموكل عزل وكيله إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير كمسألتنا هذه، فليس له حيث عزله؛ لأن المرتهن تعلق له حق بالوكالة. قال اللخمي: لأن في ذلك حقاً للطالب إن كان حاضراً فله أن لا يتكلف مطالعة سلطان، وإن كان غائباً أن لا يتكلف إثباتها هـ.

وجاز رهن العين حيث يطبع عليه أو عند أمين يوضع

قوله: «لأنه هدية مديان» تقدم الجواب عنه هنا.

(يعني أنه يجوز رهن العين) ذهباً كان أو فضةً إذا طبع عليه أو جعل بيد أمين لأنه حيث لم يطبع عليه ولا جعل تحت يد أمين يتهم المرتهن بسلفه وردّ مثله ابن الحاجب: وما لا يعرف بعينه إن لم يطبع عليه أو يكن عند أمين امتنع مطلقاً. وقال أشهب: إن كان نقداً لقوة التهمة. التوضيح: يعني أنّ الرهن إذا كان مما يعرف كالحيوان والكتّاب. قال في المدونة: والحلي جاز أن يوضع تحت يد المرتهن وغيره، وإن كان مما لا يعرف بعينه، فالشهور أنه ممتنع إلا أن يطبع عليه أو يوضع تحت يد أمين المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع عليه أن يوضع تحت يد أمين حمايةً للزريعة أن يكون الرأهن والمرتهن قصداً أن يقبض على جهة السلف، ويسمياً ذلك القبض رهناً. واشترط السلف في المدائنة والمبايعة ممنوع، والتطوع به كهبة مديان وقوله مطلقاً أي كان نقداً أو طعاماً ميكلاً أو موروثاً. وقال أشهب: إنما يمتنع في التقصد. وهكذا نقل المازري ولفظه: وإن كان مما لا يعرف بعينه وليس من الأثمان التي هي الدنانير والدرهم والفلوس كالمكيل والموزون فإنّ في ذلك قولين: المشهور منهما إلحاق ذلك بالدنانير والدرهم. وقد أجاز أشهب ذلك؛ لأنّ التصرف في الدرهم والدنانير ممنوع وضع يده عليها بغير إذن مالِكها مستخف، ويعد استخفاف ذلك في المكيل والموزون ١ هـ. قال الشارح: ظاهر اقتصار الشيخ على ذكر العين دون الطعام وما أشبهه أنه موافق لما نقل عن أشهب في المجموعة دون ما تقدّم لابن القاسم في إلحاقه ما لا يعرف بعينه مما يكال أو يوزن بالعين والله أعلم.

والرهن للمشااع مع من رهنا قبض جنيعه له تعيناً

ومع غير راهن يكفيه إن يحل فيه كسجلول من رهن ..

قوله: (يعني أنه يجوز رهن العين إلخ) العين عند ابن عرفة مسأها والمسكوك وصاحب المختصر قال: والمثلي ولو عيناً بيده إن طبع عليه وذلك حسن حيث عبر بما يخص المسكوك، وحاصل ما لخصناه من كلام الناس في الشرح أن ما لا يعرف بعينه إذا وضع على يد أمين فالجواز مطلقاً وعند المرتهن بلا طبع فالفساد مطلقاً على المذهب، ومذهب أشهب مقابل خلاف ما يقتضيه كلام التحفة هنا ولم يبين ذلك من شرحها وإن ذلك مقابل للمذهب، وحاصل مذهب أشهب أن غير العين جاز بلا طبع والعين لا تجوز إلا بالطبع أو لا ينبغي إلا بالطبع ولا فساد عنده مطلقاً ولكن يستل الطبع، وما اعترضه الناس من كلام خليل لا عبرة به، وإنما ذكر ما ذكره على الوجه المذكور لأجل أمر تفتن لم له يتفتن له غيره، قف عليه في الشرح تشهد للمصنف بأن له الباع الطويل في الاختصار والاقتصار، وعلل الباجي وجه الطبع بقوله: مخافة أن ينتفع بما لا يعرف ويرد مثله ونحوه في صريح المدونة، وقال المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع على ما لا يعرف بعينه ولم يوضع عند أمين حمايةً للزريعة أن يكون الرهن والمرتهن قصداً أن يقبض على وجه السلف ويسمياً ذلك القبض رهناً، واشترط السلف في المدائنة والمبايعة ممنوع والتطوع به كهبة المديان، هذا

تكلم في البيتین على كيفية قبض الرهن إذا كان جزءاً مشاعاً أي غير معين بل هو عام شائع في جميع ذلك الشيء المرتهن بعضه كنصف دار أو ريعها أو غير ذلك من الأجزاء، فإن النصف مثلاً لا يختص بموضع منها دون آخر بل هو عام في كل جزء منها وهكذا الربع والثلث، وسائر الأجزاء المشاعة لا تختص بمحل دون آخر. فمن رهن جزءاً كربع مثلاً فإن ما عدا ذلك الجزء لا يخلو إما أن يكون للرهن أيضاً كمالك دار رهن نصفها مثلاً، وإما أن يكون لغير الرهن كمن يملك نصف دار فريته، وإما أن يكون للرهن ولغيره معاً كمن يملك ثلاثة أرباع دار فريته نصفها فالوجه الأول لا يتم الرهن فيه إلا بحوزة جميع الدار مثلاً، وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الأول. وأما الوجه الثاني فيكفي في حوزة حوزة النصف الذي يملكه الرهن وإليه أشار بقوله: ومع غير رهن البيت.

(وأما الوجه الثالث) فلا بد فيه من حوزة الثلاثة الأرباع إذ بحوزتها يحل محل الرهن، ويصدق على هذه الصورة أيضاً قوله: ومع غير رهن. إلخ لأنه يصدق بغير الرهن وحده كما في الصورة الثانية وبغير الرهن ولغير الرهن معاً كما في الصورة الثالثة. والمقصود في الصور كلها رفع يد الرهن وعدم جولانها في الرهن قال ابن يونس: قال مالك: ولا بأس برهن جزء مشاع غير مقسوم من ريع أو حيوان أو عرض وقبضه إن كان بين الرهن وغيره أن يحوز المرتهن حصّة الرهن ويكره ويؤله مع من له فيه شرك كربة، ولا بأس أن يضعه على يد الشريك، والحوز في ارتها ما يملك الرهن جميعه من عبد أو أمة أو دابة أو ثوب قبض جميعه. قال ابن يونس: واختلف في الدار فقيل: لا يجوز حتى يقبض المرتهن جميعها أو تكون على يد عدل، وقيل: تكون بيد الرهن مع يد المرتهن فيكرهان جميعاً، ويصح الحوز أو يضعانها جميعاً على غيبيتهما ما لم يكن الموضوع على يده هو القيم به مثل عبده أو أجيره. قال الشارح إطلاق الشيخ - رحمه الله - في جواز رهن المشاع مع غير

لفظ التوضيح عنه مسلماً لذلك وكلا العليتين فيها ما فيها، أما الأولى فيقال عليه وما المانع من فك الطبع والانتفاع بالطبوع عليه وأي شيء يلزمه إن فعل فهو بصدد الانتفاع في الجملة. وأما الثانية فالاعتراض فيها ظاهر لأن الرهن والمرتهن إن لم يرهما أخذ فلا يحتاجان إلى هذا وإن كنا يراهما الناس فيقول الرهن للمرتهن أولاً خذ مطبوعاً أمام الناس واذهب به واقبل ما شئت بعد الغيبة عنهم. وقد قال أبو الحسن: المراد بالطبع طبع لا يقتل على فكّه غالباً، وأما ما لا يقدر على فكّه أصلاً فليس في فكّتهما والطبع الذي يقدر على فكّه كل أحد كلا طبع أهـ. وفي البررلي: يكفي من الطبع أن يكون الطبع إذا أزيل علم زواله أهـ. يقال: وما الحكم إذا علم زواله اللهم إلا أن يقال يوجب، ولكن هذا أيضاً بعيد لأنهما على العلة الأولى اتفقا على الرها فهما لا يتخاصمان في هذا غالباً لإذن الرهن للمرتهن في هذا فيما بينهما، وكذا يأتي الإشكال على تفسير أبي الحسن للطبع إن تأملت.

قوله: (وأما الوجه الثالث إلخ) كلامه في هذا كله صحيح، وكذا كلامه في البيتین بعد هذا.

الرَّاهِنُ من غير تقييد له بإذن الشَّرِيك إن كان غير ربيع ولا ينقسم يقتضي أنَّه اعتمد قول ابن القاسم في ذلك، فإنَّه لا يشترط إذن الشَّرِيك ابن عرفة في الكلام على رهن المشاع وهو فيما باقيه لغیر الرَّاهِن ربيعاً أو منقسماً لا يفترق لإذن شريكه وإن كان غيره ففي كونه كذلك. ووقفه عليه قولان (لابن القاسم) (وأشهب) قائلان لأنَّ رهنه يمنعه من بيعه ناجزاً أهـ وكذلك إطلاقه في حوز المشاع بحلول المرتهن محلَّ الرَّاهِن دون التفرقة بين كونه داراً أو أرضاً فيكفي فيه ذلك وبين كونه ممَّا ينقل كالثوب والعبد فيكفي فيه ذلك على قول ابن القاسم دون قول أشهب أنَّه لا يكفي فيه ذلك، يقتضي أنَّه اعتمد قول ابن القاسم أيضاً في ذلك دون قول أشهب.

والرَّهْنُ محبوسٌ بباقي ما وقع فيه ولا يردُّ قدر ما اندفع

يعني أنَّه إذا أدى الرَّاهِن للمرتهن بعض حقِّه وطلب منه أن يردَّ له من الرَّهْن ما يقابل ما دفع من الحقِّ إذا كان الرَّهْن ممَّا ينقسم فليس له ذلك إلاَّ برضا المرتهن، والرَّهْن بحملته محبوسٌ بباقي الحقِّ إلى أن يقع منه الخلاص ابن عرفة. وكلَّ جزءٍ من الرَّهْن رهنٌ بكلِّ جزءٍ من الدين الذي هو رهن فيه بمعنى الكلِّية فيهما لا بمعنى التوزيع إن اتحد مالك الدين وإن تعدَّد ولا شركة بينهم فيه فعلى معنى التوزيع، وفيها من رهن امرأته رهنًا بكلِّ المهر قبل البناء ثمَّ طلقها قبله لم يكن له أخذ نصف الرَّهْن. والرَّهْن أجمع رهنٌ بنصف المهر كمن قضى بعض الدين أو وهب له فكلَّ الرَّهْن رهنٌ بما بقي. وفيها من رهن داراً من رجلين صفقةً واحدةً في دين لهما ولا شركة بينهما فقضى أحدهما كلَّ حقِّه أخذ حصته من الدَّار. ومن المدوَّنة: من ارتهن دابةً أو داراً أو ثوباً فاستحقَّ نصف ذلك من يد المرتهن فباقيه رهنٌ بجميع الحقِّ. أهـ. وفي مختصر الشَّيخ خليل: وإذا قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرَّهْن فيما بقي كاستحقاق بعضه وبباقي يتعلَّق بمحبوس، وما: موصولٌ مضافٌ إليه ما قبله واقعٌ على الدين أي باقي الدين الذي وقع الرَّهْن فيه، ولا يردُّ نمن الرَّهْن قدر ما دفع من الدين.

وشرط ملك الرَّهْن حيث لا يقع إنصافه من حقِّه التَّهْيِ وقع

يعني أنَّه نهى عن أن يشترط المرتهن على الرَّاهِن أنَّه إن لم ينصفه من حقِّه لأجل كذا ملك الرَّهْن في ذلك الحقِّ، وذلك هو غلق الرَّهْن الذي ورد التَّهْيِ عنه. ذكر الإمام مالك: في موطنه أنَّ رسول الله ﷺ قال «لا يغلَق الرَّهْن»^(٤٤) قال مالك: تفسير ذلك فيما نرى

(٤٤) [حديث ضعيف]: أخرجه ابن مناجه (٢٤٤١)، والحاكم في المستدرک (٥١/٢، ٥٢)، والدارقطني (٨٩٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٩/٦، ٤٠)، وضعفه الشَّيخ الألباني في ضعيف الجامع (١٣٥٧).

- والله أعلم - أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه. فهذا لا يصح، ولا يحل، وهو الذي نهى عنه. وإن جاءه صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل فهو له، وأرى هذا الشرط منفسخاً. وفي ابن يونس: ومن لك عليه دين إلى أجل مع بيع أو قرض فيرهنك به رهناً على أنه إن لم يستده منك إلى أجل فالرهن لك بدينك لم يجز وينقض هذا الرهن ولا ينتظر به الأجل. قال أبو محمد: ويصير السلف حلالاً ولك أن تحبس الرهن حتى تأخذ حقك وأنت أحق به من الغرماء. قال ابن يونس: وهذا إذا كان الرهن في أصل البيع أو السلف وإذا كان الأمر كذلك فسد البيع والسلف؛ لأنه لا يدري ما يصح له في ثمن سلعة الثمن أو الرهن. وكذلك في السلف لا يدري هل يرجع إليه ما أسلف أو الرهن ولو كان هذا الرهن بعد أن وقع البيع أو السلف لم يفسخ إلا الرهن وحده، ويأخذ رهبه ويبقى البيع والسلف بلا رهن إلى أجله، ولا يكون المرتهن أحق بهذا الرهن في فلس ولا موت. ١ هـ وشرط: مبتدأ أول وهو مضاف للمفعول، وإنصافه: فاعل يقع، ومن حقه: يتعلق بإنصافه، والنهي: مبتدأ ثان خبره جملة وقع، والجملة خبر المبتدأ الأول، وفاعل وقع يعود على النهي، والرباط بجملة الخبر بالمبتدأ الأول محذوف أي عنه، وهذه المسألة من الزوائد على ما في المختصر..

فصل في اختلاف المتراهنين

ذكر النأظم من اختلاف المتراهنين ثلاث مسائل: الاختلاف في عين الرهن، والاختلاف في حلول الأجل، والاختلاف في صفة الرهن.

وفي اختلاف راهن ومرتهن في عين رهن كان في حق رهن

القول قول راهن إن صدقاً مقالته شاهد حال مطلقاً

كان يكون الحق قدره مائة وقيمة الرهن لعشر مبداء

يعني أنه إذا اختلف المتراهنان في عين الرهن فقال الراهن: ليس هذا رهني ورهني أفضل من هذا وقال المرتهن: بل هو رهنيك فالقول قول الراهن إن صدقه العرف والحال. قال في العينية: قال أصبح فيمن رهن رهناً بألف دينار فجاء ليقبضه فأخرج المرتهن رهناً يساوي مائة دينار فقال الراهن: ليس هذا رهني وقيمة رهني ألف دينار وذكر صفة تساوي ألف دينار فالراهن مصدق مع يمينه لكونه (ادعى ما يشبه) وادعى المرتهن ما لا يشبه، فإذا

فصل في اختلاف المتراهنين

قوله: (ادعى ما يشبه الخ) قال في المختصر: وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس إلخ.

حلف - أي الرأهن - سقط عنه من الدين مقدار قيمة رهنه. ١ هـ ونقله المواق وقال: إثره ما نصّه، وقال أشهب: القول قول المرتهن وإن لم يساو إلّا درهماً واحداً، وقال عيسى عن ابن القاسم: نحو قول أشهب ابن حبيب: وبه أقول، وقاله ابن عبد الحكم ابن يونس: كما لو قال لم ترهني شيئاً ١ هـ. وعلى هذا القول ذهب الشيخ خليل بقوله: لا العكس أي لا

فقوله: لا العكس أي لا يكون الدين شاهداً على الرهن أي والرهن يشهد على الدين هذا الذي في المتن، وصاحب التحفة مرّ على أن الدين يشهد على الرهن، وما في التحفة هو قول أصبغ، واختاره ابن رشد قائلًا قول أشهب إغراق أي القائل بما في المختصر، وكلام ابن فرحون في البصرة يدل على ترجيح ما اختاره ابن رشد، وابن عبد السلام قال: والأقرب أنه لا فرق بين الصورتين أي في كون الرهن يشهد على الدين والعكس وهو الذي في التحفة واستدل به بقول أصبغ وقول ابن يونس كما لو قال: لم ترهني شيئاً دليل واضح للفرق، كما لا يخفى على من أنصف معنى ذلك أن المرتهن لو أراد الخديعة لقال لم ترهني شيئاً ولا كذلك الراهن فإنه لا يمكنه إنكار الدين من أصله بعد قوله هذا رهن عندك يشهد لي بقدر ديني فهو يقول هذا لأجل أن يشهد له بما يفتقه، والحاصل يلزم من الإقرار بالرهن الإقرار بالدين أي من جهة المرتهن، إذ لا يكون الرهن إلّا في مقابلة الدين الدين، ولا يلزم من كون المرتهن يذكر أن له ديناً أن يكون ذلك الدين في رهن لأن الدين لا يلزمه أن يكون له رهن لأنه يوجد بدون رهن كثير، وما ذكرناه من قولنا لو أراد الخديعة ذلك معتبر عند الفقهاء وهو قول للمختصر كدعوة ردّ ما لم يضمن، وحاصله أن من ادعى ردّ شيء لصاحبه وقد قبضه بلا إشهاد فإنه يصدق في هذا الردّ إن كان على تقدير إذا ادعى تلفه فإنه يصدق، كقبضه السديعة بلا إشهاد فإنه يصدق في ردّه إذ لو أراد الكذب لقال تلفت فله مخرج يهرب إليه فيصدق في الردّ، ولا كذلك العارية التي يغاب عليها أو رهن ما يغاب عليه فإنه لا يصدق في ردّ ذلك لأنه لا مخرج له فإنه لا يقل منه التلف أي حيث ثبت أنه أعير وارتهن، وهذا مبين في شرح المحل للذكور وهو في فصل الوديعة والمرتهن له مخرج بقوله لم ترهني شيئاً، ولو أراد الكذب لم يقل هذا رهنك بل يقول لم ترهني شيئاً، فتعليل ابن يونس حسن غاية وتفريق بلغ في التحقيق النهاية، هذا وقد قال في الموعنة: القول للمرتهن في عين الرهن لأنه مؤثّر على عين الرهن والراهن يريد تضمينه وقد ائتمنه ولم يتوثّق منه بالإشهاد على عينه إلخ. وهذا دليل آخر لا سيما وهو من القاضي عبد الوهاب، وقال الباجي في مستقاه وجه تصديق المرتهن في الرهن ما نصّه: أن الرهن مبنى على أن قيمته لا تراعى يوم الرهن وإنما تراعى يوم يحتاج إلي بيعه ولذلك يرتهن ما لا قيمة له يوم الرهن كالثمرّة التي لم تؤثّر فلذلك لم يشهد الدين بقيمته أي بقيمة الرهن. وقد روى أبو زيد عن أصبغ فيمن رهن رهنًا بألف دينار ففقصاها ثم أخرج إليه المرتهن ثوبًا قيمته دينار واحد وقال للراهن رهنك شيئاً ووصف صفة تساوى ألفاً أن القول قول الراهن إذا تفاوت الأمر، هكذا قال القاضي أبو الوليد رحمته، وهذا عندي ليس من باب شهادة الدين، وإنما هو من باب أن يدعي ما لا يشبه ويدعي صاحبه ما يشبه فالقول قول مدعي ما يشبه لا إن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم. انتهى المقصود منه بلفظه ونسب

يكون شاهداً على الرهن. قوله في عين رهن يفهم منه أنّ قدر الدين متفق عليه، وجملة كان في حقّ صفة لرهن، ومقاله مفعول صدّق و (شاهد) فاعله، ومعنى الإطلاق: كان الراهن متممًا أو لا، كذا قال بعض من شرحه وجملة قدره مائة خير يكون، وجملة وقيمة الرهن لعشر مبدئه حالية. وقد استطرد الشارح هنا حكم اختلاف التراهنين في صفة الرهن إذا ضاع مع اتفاههما على قدر الدين أو اختلافهما فيه، وإذا كان الرهن شيئين فضاع أحدهما أو اختلفا في كونه رهناً أو ودعة أو عارية انظره فيه إن شئت.

(والقول حيث يدّعي) من ارتهن حلول وقت الرهن قول من رهن
وفي كسب وخلق ويدّعي جدّته الراهن عكس ذا وعي
إلا إذا خرج صمّا يشبهه وفي ذا وذا فالعكس لا يشتبه

مقابل قول أشهب للمجموعة، وحجة قول أصبغ أن العادة جارية بأن الإنسان إنما يأخذ رهناً يساوي دينه وهذه علة ظاهرة، لكن عارضها ما قاله ابن يونس، والقاضي مع كون الدين كثيراً يكون بلا رهن، وما في المختصر هو مذهب أشهب قائلًا: وإن لم يساؤ إلا درهمًا واحدًا. وقال عيسى عن ابن القاسم نحو قول أشهب، وبه قال ابن حبيب وقاله ابن عبد الحكم، وعلمه ابن يونس والقاضي بما رأيته، وظاهر المختصر في قوله لا العكس وإن ادّعى المرتهن ما لا يشبهه قال عياض: وهو قوله في كتاب منجد، وفي العتية عن أصبغ لا يصدق. فيما لا يشبه وإنما يصدق في ذلك الراهن. قال أبو الحسن: واختلف في النقل عن ابن القاسم هذا وعبارة العبدوسي، ولابن القاسم هنا قولان: أحدهما إن القول للمرتهن مطلقًا وإن ادّعى ما لا يشبهه ولا يكون الدين شاهداً على الرهن وهذا هو ظاهر الكتاب، ولأشهب مثل هذا القول قال أشهب: وإن لم يذكر المرتهن من الصفة إلا ما يساوي درهمًا، وقال أصبغ قول أشهب هذا ليس بشيء إلخ. وقد تبين أن القول للمرتهن مطلقًا وإن لم يشبهه هذا الذي يظهر ترجيحه وكيف. وهو قول ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم، وبه قال ابن حبيب وهو ظاهر هنا وكيف يترك هذه الرواية أبي زيد عن أصبغ مع كون الأول اقتصر عليه في المعونة. ولا تقل خالفت الأعلام. لأننا نقول: خالفهم من هو أعلى منهم مرتبة، والراجع ما في المختصر بدليل ما رأيته لا ما في التحفة فهو مرجوح تأمله بإنصاف نعم المرتهن يحلف لأن هذه دعوى محققة غير مستبعدة، وبهذا وأمثاله كثرة تعلم اصطيات خليل للمشهور والراجع لا أنه يجلب ما وجد، وإنما أطلنا في هذا لأن الناس ربما يميلون لما في التحفة أكثر من غيره، نعم قول التحفة كان يكون إلخ فيه تحرير لما قال أصبغ من عدم شبه المرتهن فإنه في هذا خطأ أشهب.

قوله في النظم: (والقول حيث يدّعي إلخ) حاصل البتين القول للراهن في عدم حلول الدين إن أشبه، والقول في الثوب للمرتهن إن أشبه، وإن لم يشبه الأول أو الثاني فالقول لصاحبه، ومسألة حلول الدين هي قول المختصر في اختلاف التبايعين، وفي انتهاء الأجل فالقول

اشتمل البيتان على مسألتين: الأولى إذا اختلف المتراهنان في حلول أجل الدين المرهون فيه فادّعى المرتهن حلول أجله وادّعى الرّاهن عدم الحلول فالقول في ذلك قول الرّاهن، وأنّه لم يحلّ إلا إذا خرج قوله عمّا يشبه وأشبهه قول المرتهن فالقول قوله. المسألة الثانية: إذا اختلفا في جدّة الرهن وكونه خلقاً بالياً مع اتّساقهما على أنّه هو فقال الرّاهن كان جديداً وإنّما خلق باستعمال المرتهن وقال المرتهن كذلك رهته خلقاً بالياً فالقول في ذلك قول المرتهن إلا إذا خرج قوله عمّا يشبه وأشبهه قول الرّاهن فالقول قوله. قال في المقرّب: قلت له: فإن اختلف الرّاهن والمرتهن في حلول الحقّ فقال المرتهن قد حلّ وقال الرّاهن لم يحلّ قال: القول قول الرّاهن؛ لأنّ المرتهن قد أقرّ أنّ الحقّ إلى أجل وادّعى انقضاءه والأصل الاستصحاب إلا أن يدعي الرّاهن من الأجل ما لا يشبه فلا يصدّق. وفي طرر ابن عات: وكذلك إن أتى بثوب خلق وقال الرّاهن: كان جديداً فالقول قول المرتهن يمينه إذا أتى بما يشبه. اهـ. الجوهري. وملحفة خلق وثوب خلق أي بال يستوي فيه المذكّر والمؤنث لأنّه في الأصل مصدر الأخلق أي الأملس، والجمع خلقان وملحفة خليق صغرّه بلا هاء؛ لأنّه صفة والهاء لا تلحق تصغير الصّفات كما قالوا نصيف في تصغير امرأة نصف. وقد خلق الثوب بالضمّ خلوقاً أي بلي، وأخلق الثوب مثله، وأخلقته أنا يتعدى ولا يتعدى وأخلقته ثوباً إذا كسوته ثوباً خلقاً، وثوب أخلاق إذا كانت المخلوقة فيه كلّ كما قالوا برمة أعشار وأرض مسبب اهـ.

باب الضمان وما يتعلق به

عبّر بعضهم بالضمان كابن الحاجب وبعضهم بالحالة. قال ابن عرفة: الحالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له. قوله: «لا يسقطه» في محلّ خفض صفة الدين، وفاعل يسقط ضمير الالتزام، ومفعوله البارز للدين؛ لأنّ الضمان لا يسقط الحقّ عن المضمون. وأخرج بذلك الحوالة فإنّ التزام قبول للمحال عليه للحوالة وإن كان لا يشترط على المشهور يسقط الدين الذي كان للمحال بالفتح على المحيل بالكسر، ويصير على المحال عليه. وقوله: أو طلب من هو عليه طلب بالخفض عطف على دين مدخول الالتزام، ويدخل في ذلك الحالة بالوجه والحالة بالطلب.

لمنكر التقضي، ومنكر التقضي أعمّ مما في النظم، فإنّ الاختلاف في الحلول يظهر أنّه لا فرق بين أن يكون مع رهن أم لا، والنظام جعله في خصوص الضمان وليس ذلك خاصاً به فانظره في الشرح، وانظر الشرح في الإقرار عند قول المتن وقبل أجل مثله في بيع لا قرض وإن كان هذا في أصل الأجل فافهمه.

باب الضمان وما يتعلق به

وسمي الضامن بالحميل كذلك بالزعيم والكفيل

يعني أن الضامن يسمى بهذه الاسماء التي هي الحميل والزعيم والكفيل والمراد من ذلك بيان صيغ الضمان. قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على الحقيقة عرفاً ففيها من قال: أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل أو هو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي فهي جملة لازمة إن أراد الوجه لزمه (وإن أراد المال لزمه).

وهو من المعروف فالمنع اقتضى من أخذه أجراً به أو عوضاً

يعني أن الضمان من المعروف فلا يجوز أخذ العوض في مقابلته. قال ابن يونس: وقال مالك في كتاب محمد: لا خير في الجمالة بجعل قال ابن القاسم: (فإن نزل) وكان

قوله: (وإن أراد المال لزمه إلخ) يعني وإن قال لم أرد مالا ولا وجهاً فهو يحمل على المال، وإن ادعى المضمون له أنه تكفل له بالمال وشرطه عليه وادعى الضامن خلاف ما رجم أنه شرط عليه فالقول للضامن، وهذا هو قول المختصر وحمل في مطلق أنا حميل أو زعيم الدين أو قبيل أو عندي وإلي وشبهه على المال والأرجح والأظهر لا إن اختلفا إلخ فالقول للضامن أنه بغير المال. ومحصل ما خصصناه في الشرح أنه إذا قال أنا حميل فهو محمول على المال إلا أن يدعي أنه أراد الوجه فيقبل قوله عند اللخمي ومن تبعه، وعند عبد الحق يلزمه ضمان المال إلا أن يحضر المدين معدماً والأكثر على الأول، وعليه الاختلاف فيما شرط فالقول للضامن أنه أراد الوجه.

قوله: (فإن نزل إلخ) قال في المختصر: ويطل إن فسد متحمل به أو فسدت بكجعل إلخ. فقوله: ويطل أي الضمان أي سقط لقوله تعالى: ﴿ويطل ما كانوا يعملون﴾ [الاعراف: ١١٨] وقوله: متحمل به العقدة لي الحقيقة هي الفاسدة لأنها هي التي يعرض لها الصحة والفساد، ولكن المتحمل به من متعلقاتها. وقوله: ويطل إلخ ظاهره علم صاحب الحق بالفساد أو لا، وقعت الجمالة أثناء العقد أو بعد تمامه وهو كذلك. وقوله: أو فسدت بكجعل إلخ أي مع علم الطالب لا إن لم يعلم فإنه لا يطل، والفرق بينهما أن المتحمل به بثبوت على الضامن فرع ثبوته على المضمون عنه وهو غير ثابت في الصورة الأولى مع كون الفساد من المتعاملين ومنهما الطالب، وفي مسألة الجعل لم يعلم الطالب فالضامن له مدخل في دفع ماله بسببه مع أنه لم يعلم فساد أو لا دخل عليه. وقوله: بكجعل أدخلت الكاف كل جملة فاسدة كالمتحمل بالكتابة وغير ذلك، وقد قال في المعونة لا تصح الجمالة بالكتابة هذا لفظه وكذا غيره، ولنمثل لك بعض ما تقدم قال الباجي في المتقى فيمن تحمل لأجل أخذ جعل ما نصه: وذلك لأنه عقد معروف كالقرض فلا يصح فيه العرض والجمالة لازمة إن لم يعلم المتحمل له بذلك وإن علم سقطت، ثم قال: ومن باع طعاماً من بيع قبل قبضه وأخذ به حميلاً سقطت حملته، ووجه ذلك إن ما تحمل به لا ينفذ على حسب ما تحمل به فبطلت الجمالة اهـ. وقال في الوثائق المجموعة: ولا تلزم الجمالة إلا في المعاملات الجائرة، وأما الفاسدة منها فالجمالة فيها ساقطة إذا علم المتحمل له

يعلم صاحب الحق سبقت الحملالة وردّ الجعل وإن لم يكن يعلمه فالحملالة لازمة للجميل ويردّ الجعل على كل حال. وقاله أصبغ. وقال اللّخمي: الحملالة بجعل فاسدة لأنه يأخذ الجعل فإن كان المتحمل عنه موسرًا كان من أكل أموال الناس بالباطل، وإن كان معسرًا فغرم الجميل كان ربا سلف بزيادة قفصاؤه عنه سلفاً، والزيادة الجعل المتقدم وهذا إذا كان الجعل يأخذه الجميل أو غيره واختلف إذا كان يحصل الجعل أو المنفعة للغريم وكانت الحملالة بما حلّ؛ ليؤخره به إلى أجل أو بما لم يحلّ؛ ليأخذه إذا حلّ الأجل فلماذا كان الجعل تحصل منفعة للجميل ردّ الجعل قولاً واحداً. ويفترق الجواب في ثبوت الحملالة وسقوطها وفي صحة البيع وفساده وذلك على ثلاثة أوجه. انظر تمامه في الشرح إن شئت ابن الحاجب: ولا يجوز الضمان بجعل. التوضيح: أي لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً سواء كان من ربّ الدين أو المديان أو غيرهما. الماروي وللمنع علتان: أولهما: أنّ ذلك من بيعات الغرر؛ لأنّ من اشترى سلعة وقال لرجل: تحمل عني بشئها وهو مائة على أن أعطيك عشرة دنائير، أو باع سلعة وقال لآخر تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة لم يدر الجميل هل يفسد من تحمل عنه أو يغيب فيخسر مائة دينار ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة. ثانيهما أنّه دائر بين أمرين ممنوعين؛ لأنّه إن أدّى الغريم كان له الجعل باطلاً وإن أدّى الجميل ورجع به على المضمون صار كأنه أسلف ما أدّى وبيع ذلك الجعل فكان سلفاً بزيادة مالك: ويردّ الجعل ابن القاسم: وإن علم بذلك الطالب سقطت الحملالة وإلا ردّ الجعل. والحملالة عامة وهذا إذا كان الفساد في الحملالة اهـ. محل الحاجة منه الآن.

فائدة: ثلاثة أشياء لا تفعل إلا لله سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها: أحدها الضمان، والثاني رفق الجاه، والثالث القرض وقد جمعها شيخنا العالم المتفتن المرحوم بفضل الله وكرمه أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر في بيت قال:

القرض والضمان رفق الجاه تمنع أن ترى لغير الله

والحكم ذا حيث اشتراط من ضمن خطاً من المضمون عمن قد ضمن

يعني أنّ الحكم المتقدم وهو المنع وعدم الجواز جاري فيما إذا اشترط الضامن على المضمون له أن يحط عن المضمون بعض دينه الحال ويضمن له باقيه إلى أجل يضر به وهو

بفسادها، فإن لم يعلم لزمت الجميل الحملالة بالقيمة، وكذلك لا تجوز الحملالة بالجعل، وتسقط الحملالة إذا علم المتحمل له ويردّ الجعل اهـ. وانظر قوله: فإن لم يعلم إلخ فإنه خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة وكذا مذهب غيرها، وأن الحملالة ساقطة مطلقاً علم صاحب الحق بفسادها أم لا، وما ذكره في الوثائق إنما هو قول ولكن الرجح خلافه فيما يظهر ونص التهذيب، أما إن كان

قول مالك في العتية، وقيل بجوار ذلك وهو أبين. قال اللخمي: واختلف عن (مالك) فيمن كان عليه دين حال فأخره إلى أجل على أن يتحمل به رجل، ويسقط الطالب بعض دينه. فقال مالك، وابن القاسم وأشهب وغيرهم في كتاب محمد فيمن كان له دين حال فقال له رجل: ضع له بعض دينك عليه وأنا أتحمّل لك بما بقي إلى أجل آخر: لا بأس به، لأنه قد كان له أن يأخذه بحقه حالاً، فتأخيره له بحميل. وقال: سلف منه بحميل اختلفت رواية أشهب عنه بالجوار والكراهة. وقال مالك في العتية: لا يصح ذلك قال وهو بمنزلة لو قال: أعطني عشرة دراهم من دينك وأنا أتحمّل لك، فتكون الحاملة على هذا القول حراماً والأوّل أبين. وقال أشهب في كتاب محمد فيمن له على رجل عشرة دنائير إلى أجل فقال له قبل الأجل: هل لك أن أحطّ عنك دينارين وتعطيني بالثمانية رهناً أو حميلاً؟ فلا بأس به وقال ابن القاسم: لا يجوز. اهـ قيل: لأنه إذا أخذ رهناً أو حميلاً في حكم من تعجل حقه على أن أسقط بعضه. وقد ذهب النّاطم على القول الثاني في المسألتين وهو المنع وعدم الجوار حلّ الدين أو لم يحل، ولفظه يشملهما.

وباشتراك واستواء في العدد تضامناً خفف فيه إن ورد

الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدينارين ثلاثة أقوال: الأول: لابن القاسم في المدونة والعتية ورواه عن مالك وهو قول ابن عبد الحكم أن الحاملة ساقطة، ومثله في الموازية لأن فيها وكلّ حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة لا يلزم الحميل بها شيء، علم بذلك المتبايعان أنه حرام أو جهلاء، علم الحميل بذلك أو جهله. محمد وسواء كان الفساد من عند البائع أو بسببه وهو قول أشهب لأن الحاملة بالحرام وبالأمر الفاسد باطلة، ووجه هذا القول إن الذي تحمل به الحميل هو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل. (القول الثاني): أن الحاملة لازمة على كل حال علم الحميل بفساد البيع أو لا وهو قول ابن القاسم في العتية وقول غيره في المدونة وقول سحنون في نوازل، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله لثقتة به فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به. (الثالث): التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أولاً فلا شيء عليه وهو لابن القاسم في العتية قال: الذي يعطي ديناراً بدينارين ويتحمل له رجل بالدينارين إن كان علم فعليه الدينار الذي أعطاه، وإن كان لم يعلم فلا شيء عليه لأنه يقول: لو علمت لم أتحمّل ولم أدخل في الحرام، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحاملة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة باتفاق إلخ فانظروه، مع أن صاحب الوثائق لم يذكر مقابلاً لما قاله، والفساد بالجعل المعتبر فيه وصول الجعل للحميل كان من عند المضمون له أو الضامن أو غيرهما، وكذا إن شرط الضامن أن الجعل^(٤٥) يعطى لغيره فهو بمنزلة ما قبضه في

التضامن تفاعلٌ مصدرٌ من تضامن، وهو أن يضمن كلٌ منهما صاحبه، وظاهر ما تقدم منه؛ لأن كل واحد منهما ضمن صاحبه؛ لأجل أن يضمنه هو فلم يقع الضمان لوجه الله تعالى، يعني أنه يجوز على وجه الرخصة والتوسعة أن يشتري اثنان أو أكثر سلعةً بثمن في ذمتهم على أن يضمن كل واحد منهما أو منهم بقية أصحابه (لكن بشرطين): أحدهما وقوع الاشتراك في السلعة الواقعة فيها التضامن، وثانيهما الاستواء في الاشتراك فيها فإن انخرم أحد هذين الشرطين أو كلاهما فيمتنع ذلك. قال ابن الحاجب: لو اشتريا سلعةً بينهما على السواء لجار للعمل فأشار بقوله للعمل أن القياس المنع والجوار لعمل الماضين. قال ابن عرفة: قلت: ولأن استواءهما في البيع وثمنه يوجب شبه مجموعتهما بشخص واحد، واختلافهما في أحدهما يوجب تعددهما المقتضي للضمان بالجعل ١ هـ. وقد ذكروا هنا مسألة الحملاء الست فراجعها إن شئت في التوضيح أو غيره من المطولات والله أعلم. وتضامنٌ مبتدأٌ سوَّغَه العمل في اشتراك، وفي بمعنى مع، واستواء عطفٌ عليه، وجملة خُفِّفَ فيه خبر تضامن، وإن ورد بكسر الهمزة وفتحها فالكسر على أنها شرطية حذف جوابها للدلالة ما قبله عليه، والفتح على أنها مصدرية أي خُفِّفَ فيه، لأنه ورد أي لوروده فحذف حرف الجر مع أن وهو كثير.

وصح من أهل التبرعات وثلاث من يمنع كالزوجات

يعني أنه يشترط في الضمان أن يكون بمن له التبرع في المال، ولا حجر عليه لأحد، وكذلك من حجر عليه في الزائد على ثلثه كالمرضى والزوجة؛ فإنه يصح ضمانه فيما لم يحجر عليه فيه وهو مقدار ثلثه فأقل. فلا يصح ضمان المحجور مطلقاً، ولا ضمان المريض أو الزوجة في الزائد على ثلثهما. ففاعلٌ صح للضمان وثلاث بالخفض عطف على أهل أي

الفساد لأنه كان ملكه ووجهه وهذا هو كلام الناس، وكلام التوضيح نقله هذا الشارح على قول الناطم: ويسقط الضمان إلخ ببعض اختصار، وبه تعلم أن الراجع قول النظم بعينه والحكم ذا إلخ هو المنع الذي مر عليه الناطم، وإن كان اللخني وابن الناطم قالوا الجوار أين لأن قول الضامن أطرح عن المدين بعض الدين وأضمن لك هو في قوة أخذ الضامن جملاً لأن هذه معاوضة وهي متنوعة في الضمان كان الضامن قابضاً ذلك لنفسه أو اشترطه لغيره لخروجه من باب المعروف إلى باب المعاوضة فافهم، وللخني تفصيل هو في شروح التحفة والمختصر يطول بنا جلّه، وملخص ما تقدم إذا فسدت العقدة بطل الضمان مطلقاً، وإن كان ضمان بجعل بطل الضمان مع علم المتحمل له لا إن لم يعلم.

قوله: (لكن بشرطين إلخ) هنا هو قول المختصر مبالغة على عدم الجوار ما نصّه: وإن بضمان مضمونه إن لأى اشتراء شيء بينهما أو يبيعه كعقدهما على الأصح إلخ، ولا شك أنه أكمل ممّا في النظم، ومن وقف على الشرح استفاد سر هذه المسائل.

وصحّ الضّمان من ثلث من يمنع من التبرّع في الزائد على الثلث فيصحّ في الثلث فدون، ولا يصحّ في أكثر منه ابن عرفة. الباجي: الحميل من لا حجر عليه (فيها كفالة ذات الزوج) في ثلثها، وإن تكفلت لزوجها. ففيها قال مالك: عطيتها زوجها جميع مالها جائز، وكذلك كفالتها عنه. الباجي: يريد بإذنه، وفيها كفالة المريض في ثلثه اهـ وإنما منعت الزوجة من الضّمان إلا في ثلثها لأجل الزوج، فإذا أذن لها ولا حجر عليها صحّ ضمانها، وكذلك المريض منع لحق الورثة، فإذا أجازوا ضمانه بعد موته أو قبله على تفصيل فيه صحّ. وفي مختصر الشيخ خليل: وصحّ من أهل التبرّع كمكاتب وماذون إن أذن سيدهما وزوجة ومريض بثلث.

وهو بوجه أو بمال جبار والأخذ منه أو على الخيار

يعني أنّ الضّمان على وجهين: الأوّل: ضمان الوجه وهو على ضربين: الأوّل: أن يتبرّع ضامن الوجه من المال فلا يلزمه منه شيء إلا إن فرط، ويبرأ بإحضار المضمون ولو ميتاً والضرب الثاني: أن لا يتبرّع من المال ويقع الضّمان مجعلاً فيلزمه المال كما يصرّح به بعد في قوله: وإن ضمان الوجه جاء مجعلاً... إلخ قال في التّوادر: قال مالك: من تحمّل بوجه رجل أو بعينه أو بنفسه فهو سواء إن لم يأت به وإلا غرم المال حتّى يشترط في حمالته لست من المال في شيء، محمّد. أو يقول: لا أضمن إلا الوجه، فهذا لا يضمن

قوله: (فيها كفالة ذات الزوج) الحاصل لها أن تضمن الأجني في الثلث وإن كره زوجها ذلك، وإن تكفلت بأكثر فللزوج رد الجميع كما في شروح المتن، وكلام الباجي المشار إليه في الشرح هو قوله: إذا تكفلت المرأة بزوجها، ففي المدونة قال مالك: عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها وكذلك كفالتها عنه، ومعنى ذلك أن كفالتها عنه بإذنه ورضاه، فإن لم يرض بذلك فعلى مذهب ابن القاسم يبطل إلا أن يكون بثلث مالها فادنى والله أعلم وأحكم، هذا لفظه من متقاء، وصاحب المختصر قال: وصحّ من أهل التبرّع كمكاتب وماذون أذن سيدهما وزوجة مريض بثلث إلخ ثم قال: وصحّ بالوجه وللزوج رده من زوجته، وقد قال أبو الحسن على قول المدونة: وإن تكفلت بزوجها ثم ادعت أنه أكرهها لم تصدق إلا ببينة ويلزمها ذلك وإن أحاط بمالها ما نصّه الشيخ لأن الأصل الطّوع، فمن ادعى غيره فعليه البيان وهذا ما لم يكن معلوماً بالإساءة إليها وإلا فهي مصدقة مع يمينها، وإذا كان صاحب الحق عالماً بإكراهها فالحمالة ساقطة، فإن أنكر صاحب الحق العلم بإكراهها حلف إن كان يظن به علم ذلك كالجار، فإن أنكر حلفت لقد علم ويرثت، وأما غير نحو الجار فلا يمين عليه. قال أشهب: وأما حمالتها بغير زوجها لزوجها فإن علم بالإساءة إليها وقلة ورعه فإن الحمالة ساقطة عنها إذا حلفت وإلا يكن معروفاً بما ذكر حلف الزوج أنه ما أكرهها ولزمتها الحمالة إلخ. وذكره ابن عرفة وغيره فافهم هذه الفائدة فهي كثيرة الوقوع.

إلا الوجه غاب الغريم أو حضر أو مات أو فُلس لا يطلب إلا بإحضاره. الوجه الثاني: ضمان المال، وفي تعيين المطالب بمالك من الغريم أو الضامن تفصيل.

(كان الإمام مالك) أولاً يقول: له أن يأخذ من شاء إما الغريم أو الضامن، ثم رجع إلى أنه لا يطلب الضامن والغريم حاضر ملي وإما يطلب إذا غاب المدين أو فُلس وبه أخذ ابن القاسم. ابن رشد. وهي الرواية المشهورة على ذلك أنه الشيخ خليل في المختصر بقوله: ولا يطلب إن حضر الغريم موسراً. فقول الناظم: والأخذ منه أي من الغريم الحاضر الملي، وهذا هو القول المرجوع إليه المشهور كما تقدم، ولذلك قدمه، وقوله: أو على الخيار هو قول مالك: الأول المرجوع عنه. قال الشارح: واعتمد القضاة قول مالك الأول المرجوع عنه.

ولا اعتبار برضا من ضمنا إذ قد يؤدي دين من لا أدنا

قوله: (كان الإمام مالك إلخ) حاصل هذا أن مالكا كان يقول بالخيار في أخذ من شاء منهما أي الضامن والمضمون ثم رجع إلى أنه لا يطلب الضامن إذا كان المضمون حاضراً ملياً، وبه أخذ ابن القاسم وابن رشد وهي الرواية المشهورة، وابن الناظم قال: اعتمد القضاة قول مالك الأول، وصاحب المختصر قال: ولا يطلب إن حضر الغريم موسراً أو لم يبعد ثيابه عليه فمر على ما أخذ به ابن القاسم، وفي الرسالة: ولا يغرم الحميل إلا في عدم الغريم أو غيبته أي غيبة بعيدة، قال ابن ناجي عليها ما أخذ به ابن القاسم هو الذي يعول عليه أهل اللذهب، وقال القلشاني: ما في الرسالة هو الذي به العمل. وقال ابن يونس فيما أخذ به ابن القاسم، ورواه ابن وهب أيضاً، وقال عبد الوهاب بقول مالك الأول، قال أبو حنيفة والشافعي لحديث الزعيم غريم ووجه القولين بغير هذا، والحنفيد قال فيما قاله الشافعي وأبو حنيفة، وقال به أصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق إلخ. وابن يونس قاس الضامن على الرهن وهو لا يؤخذ إلا عند العجز عن الأخذ من المدين فكذلك الضامن. وقال ابن ناجي على المدونة: ما أخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب هو الذي به الفتوى، والتلطي قال: ما أخذ به ابن القاسم به القضاء. وقال المكتاسي به جري العمل. وفي نوازل الخلع: إذا اجتمع رهن مفوض في بيعه وضامن فذلك كحضور الضامن والمضمون فتكون البداية بالرهن لا بالضامن على المشهور إلا أن يكون في إثبات مقدمات البيع للرهن طول فله مطالبة الضامن إلخ. واقتصر في الوثائق للجموعة على البدء بالغريم، وللخمي ذكر في المسألة الخلاف، وابن رشد في المقدمات قال: ما أخذ به ابن القاسم أظهر، وقد تبين أن ما أخذ به ابن القاسم هو الراجح وهو ما في المختصر، وأنه لا يطلب الضامن إلا في غيبة المدين أو عدمه والعمل جاز به، وذلك هو الرواية المشهورة والقول بالخيار، وإن قال فيه ابن الناظم هو الذي به عمل القضاة لا يقوى قوة ما في المختصر بليل ما رأيته وهذا كله عنه استواء الضامن والمضمون، أما إن كان المدين ملداً مثلاً فالبدء بالضامن غير أن بعضهم يقول ملداً ظالماً، وبعضهم يقول ملداً فقط، والعبارة الأولى للمدونة، وقال اليرتاسي الذي أدركنا العمل به بفاس ومراكش

يعني أنّ من ضمن عن شخص حقاً من الحقوق فإنّ الضمان يصح وإن لم يأذن المضمون عنه في ذلك قال في المقرّب: قال مالك: ولو أنّ رجلين تخاصما في مطلب فقال رجل للطالب ما ثبت لك قبل فلان فأنا كفيل به فاستحق الحق قبل المطلوب كان الكفيل ضامناً. قال ابن القاسم: ولو مات الكفيل قبل أن يستحق الحق لطالبه ثم استحق بعد موت الكفيل لكان ذلك في ماله. وكلّ من تبرّع بكفالة لزمته، وكذلك من قال لرجل وهو يدعي قبل أخيه حقاً: ما تصنع يا أخي؟ أحلف أنّ حقك حق وأنا ضامن لذلك فإن ذلك يلزمه إن حلف المدعي، فلو قال بعد قوله أنا ضامن: إنّما قلته قولاً ولا أرى أفعله ولا أضمن لم ينفعه قوله ولا رجوعه إذا رضي المدعي بقوله. قال ابن القاسم: ومن قال لقوم: اشهدوا أنّي ضامن بما قضى لفلان على فلان، أو قال أنا كفيل بما ادعى فلان على فلان وهما غائبان: جميعاً أو أحدهما أو كانا حاضرين لزمه ما قال؛ لأنّ مالكا ألزم المعروف من أوجهه على نفسه لو غاب الضامن لكان ذلك في ماله ١ هـ.

(قال الشارح: أقول): وعلى الواقع في المغرب هو عمل الموثقين في ضمان ما يتعيّن

وأحواهما العمل على ما اعتمده القضاة وهو الخيار في قبض من شاء منهما أي من الضامن أو من المضمون، وقال التتائي: إن العمل على ما عند المختصر وهو أنه لا يطالب الضامن والمضمون حاضراً علي، ثم قال: ولعل العمل عندهم هو الذي أراد والذي يظهر أنه يعمل بما في المختصر وذلك لرجحانه ولتضرر الضامن ببيع ماله وقد فعل معروفان، وذلك يؤدي إلى الزهد في هذا المعروف، مع أن المدين هو أولي ببيع ماله، ولأن الضامن يبيع ماله ويرجع ليجتاح إلى شراء مال بما يقبضه من المدين حين الرجوع عليه وفي ذلك كلفة، وأيضاً فإن الذي تقي ضمائر الناس هو أن الضامن لا يطلب إلا عند عجز صاحب الحق عن الأخذ من مدينه، وعلى هذا لم يحجز الناس، ولذلك تجدد العامة يستغربون أخذ الضامن مع حضور المدين ويسره، والناس إنما يؤاخذونهم بمدخول عليه، وأيضاً فإن الضامن ربما يدركه الضرر الكثير لأنه إذا قبض أولاً مع يسر المدين وحضوره فإنه يدفع المال قريباً يدفع المال فيجد عند الرجوع المدين قد أعدم أو مات موسراً فيحتاج إلى إثبات الموت وعسد الورثة وغير ذلك مما هو معلوم مع أنه لم ينتفع بشيء، ويدل لقولنا فإن الذي في ضمائر الناس قول المعونة معللاً لهذا القول ما نصّه: إن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق عن التوى أي الهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة، فإذا صح ذلك لم تكن المطالبة إلا على الوجه الذي دخل عليه الضامن اهـ. بلفظه. واستدل في المقدمات بأنه أقل عناء ومشقة لأنه إذا أقضى للمدين على الضامن بالدفع قضى للضامن بالرجوع على المضمون عنه، فالقضاء على المدين أو لا أقل عناء الخ فافهم هذا فقد ظلمت هنا أقوام، وما قاله ابن النازم مستدلاً به يطول بنا تتبع ما فيه فانظره فإنه لا يخفاك إن فهمت هذا إن شاء الله تعالى، والحاصل العمل على ما في المختصر هو المتجني مع الله تعالى عند استواء حالة الضامن والمضمون كما تقدم وهو الذي تعمل به والله المعين. والموفق بمته وطوله وكرمه وفضله.

قوله: (قال الشارح أقول الخ) هذه المسائل أشار لها في المختصر بقوله بغير إذنه كأدائه وفقاً

على الغريم من غير إذنه . وعَلَّلَ النَّازِمُ ما ذكر من عدم اعتبار رضا المضمون عنه بأنه قد يُوَدِّي الدَّيْنَ عن المدين من غير إذنه، أي فكما يُوَدِّي عنه بغير إذنه فكذلك يضمن عنه بغير إذنه؛ لِأَنَّ الضَّامَانَ هو بصدد أن يُوَدِّيَ عن المضمون فالضَّمانُ أخفُّ مِنَ الأداء. قال في المَقَرَّبِ: قال مالك: ولو أنَّ رجلاً أدَّى حَقًّا عن رجلٍ كان عليه بغير أمره لكان له أن يرجع عليه بما أدَّى عنه. انتهى.

تنبيهان: الأول: يقيّد قوله: قد يُوَدِّي دين من لا إذن بقيدين: أحدهما: أن لا يقصد المؤدّي التضييق على المؤدّى عنه والإضرار به لعداوة بينهما ونحوه فإن قصد ذلك منع، الثاني أن ذلك فيمن أدّى بقصد الرجوع على المؤدّى عنه، وأمّا إن أدّى بقصد التبرّع والهبة فإن ذلك لا يلزم المؤدّي عنه إذ لا يلزمه قبول الهبة. (التنبيه الثاني): ما جرى عليه عمل المؤثّقين من تضمينهم حضور المضمون عنه، وإذنه في الضّمان هو ما اصطلاحوا عليه من بناء الأحكام على الوجه المتحقّق عليه قطعاً للنزاع والخصام، (إذ من العلماء من يشترط رضا المضمون عنه).

ويسقط الضّمان في فساد أصل الذي فيه الضّمان باد

يعني إذا فسدت الصّفقة الواقع فيها الضّمان فإنّ الضّمان يسقط في ذلك عن الضّامن. قال في التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا يجوز ضمانٌ بجعل. أمّا إذا كان الفساد في المحتمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهرٍ وتحمّل له رجلٌ ديناراً فثلاثة أقوال: أحدها لابن القاسم في المدوّنة ورواه عن مالك وهو قول ابن عبد الحكم: أنّ حكم الحمالّة ساقطٌ، ومثله في الموارنة؛ لأنّ فيها وكلّ حمالّة وقعت على حرام بين المتبايعين في أوّل أمرهما أو بعده فهي ساقطةٌ، ولا يلزم الحمليل بها شيءٌ علم المتبايعان أنّ ذلك حرامٌ أو

لا عتاً إلخ. قوله: (التنبيه الثاني إلخ) هذا قاله ابن النّازم وغيره و كأنهم لم يجدوا ما تظهروا فيه ثمرة الخلاف، وقد قال في الكافي ما نصّه: ومن ضمن رجل مالاً قد لزمه بغير إذنه لم يكن له مطالبته به قبل أدائه، فإن أداه عنه كإن له أن يرجع به عليه. وإذا ضمنه بإذنه فللضامن أن يطالب الذي عليه المال إن كان حالاً بأدائه إلى ربه ليبرأ الضامن ضمانه أو يأمن نفسه اهـ. بلفظه. ونقله صاحب المقيد وسلمه. وفي ديوان ابن يونس لما ذكر أن الغريم يرجع عليه الضامن بما أدّى قال ما نصّه: حكى عن بعض القرويين أنه قال: إنما وجب للكفيل أن يرجع بالثمن فيما تكلف شراءه لأن الغريم قد علم أن الكفيل إذا طوّل بما تحمّل به فلم يكن عنده كلف شراءه فكانه دخل معه على أن يغرم له ما غرم من ذلك، قال: ولو تحمّل عنه بغير إذنه لوجب أن يطالب بالأقل من الثمن الذي اشتراه به ومن نفس ما عليه إلخ. وإذا صحّ ما في الكافي فهو فرع يظهر فيه الثمرة ولزم أن يقيّد به قول المتن وله طلب المستحق إلخ. ولكن انظر الشرح في هذا ولا بدّ ولا بدّ عند هذا النص وعند قول المختصر ورجع بما أدّى. قوله: (إذ من العلماء من يشترط إلخ) قال الحفيد

جهلاً، علم الحميل بذلك أو جهله. محمدٌ: وسواء كان الفساد من عقد البيع أو بسببه وهو قول أشهب: أنَّ الحِمالة بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلةٌ ووجه هذا القول أنَّ الذي تحمّل به الحميل وهو الثمن لما سقط عن المتحمّل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل. القول الثاني: أنَّ الحِمالة لازمةٌ علم الحميل بفساد البيع أم لا وهو قول ابن القاسم في العتية وقول غيره في المدونة؛ لأنَّ الكفيل هو الذي أدخل للمتحمّل له دفع ماله للثقة به فعليه الأقلُّ من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمّل به. الثالث: التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أولاً فلا شيء عليه وهو لابن القاسم في العتية، ثم قال: وهذا الخلاف إنّما هو إذا كانت الحِمالة في أصل البيع الفاسد، وأمّا إذا كانت بعد عقده فهي ساقطةٌ بالاتفاق اهـ ببعض اختصار من القولين الآخرين.

و، وبما عيّن للمعيّن وهو بمالٍ حيث لم يعيّن

تقدّم أنَّ الضمان على وجهين: ضمان المال وضمان الوجه، وأخبر أنّه إن وقع الضمان معيّنًا للمضمون من مال أو وجه فذلك لازمٌ بلا إشكال، وإن وقع الضمان مجملاً من غير بيان فيحمل على المال. وقال ابن يونس: اختلف فقهاؤنا المتأخرون إذا قال: أنا حميلٌ لك أو زعيمٌ أو كفيلٌ ولم يزد على هذا هل يحمل على أنّه حميلٌ بالمال أو على الوجه إذا عرّي الكلام من دليل؟ والصواب من ذلك أن يكون بالمال لقوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم ضريم». ولأنَّ حميل الوجه إذا لم يأت به غرم المال. فالأصل في الحِمالة المال؛ لأنّه المطلوب حتّى يشترط الوجه أو يقتضيه لفظه، وأمّا إن اختلفا فقال الطالب شرطت لك الحِمالة بالمال وقال الكفيل بالوجه وقد أحضر الغريم معلماً فينبغي أن يكون القول قول الحميل؛ لأنَّ الطالب يدعي اشتغال ذمته فعليه البيان. قال ابن يونس: ولأنَّ الحِمالة من المعروف فلا يلزمه إلا ما أقرّ به معطيه اهـ. ورد في التوضيح الاستدلال بالحديث المتقدم بأمرين: أحدهما أنّه خرج مخرج بيان وجه المطالبة للكفيل بما ضمنه ولم يقصد به بيان حكم إطلاق اللفظة. الثاني أنَّ الغرامة إنّما تكون في الأموال لا في الأبدان إذ البدن لا يصح أن يغرّم، فكانه قال: الزعيم غريمٌ بما ضمن. والضمان الذي يتصور فيه الغرامة أن يكون في المال..

وإن ضمان الوجه جاء مجملاً فالحكم أن المال قد تحمّلا

يعني أنَّ ضامن الوجه إذا لم يتبرأ من المال وإنّما ضمن ضماناً مجملاً فإنَّ الحكم أنَّ المال لازم للضامن. قال في الرسالة: وحميل الوجه إن لم يأت به غرم حتّى يشترط أن لا يغرّم. قال ابن قنوج: وإنّما وقع ضمان الوجه مجملاً ولم يحضر الوجه ضمن أيضاً المال إلا

في نهايته: الشافعي وأبو حنيفة يشترطان في رجوع الضامن بما أداه على المضمون أن يكون

أن يشترط أنه يضمن الوجه خاصة وليس عليه من المال شيء^١ فله شرط. وفي المقرّب قال سحنون: قال ابن القاسم: قال مالك: تكفل بوجه رجل إلى أجل فمضى الأجل فإنّ السلطان يتولّم له، فإن أتى به وإلا غرم المال، (فإن أغرمه ثم أتى به) لم يكن له أن يرجع على الذي أخذه منه ولكن يتبع به الذي تحمّل به عنه. قلت لابن القاسم: فإن أتى به عند الأجل لم يكن عليه من الحماله شيء^٢ إن كان الذي عليه الحقّ عديماً. اهـ ثم قال:

(وجائز ضمان ما تأجلاً معجلاً وعاجلاً مؤجلاً)

الضمان بإذنه ومالك لا يشترط ذلك، وبه تعلم هذا المخالف هنا وإن لم ينقله شرح المختصر والتحفة.

قوله: (لأن أغرمه ثم أتى به إلخ) انظر عند قول المختصر مخرجاً من الغرم لا إن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو بغير بلده ورجع به، فإن قوله في غيبته هو راجع لقوله أو موته بدليل قوله ولو بغير بلده، وقد وقع الخلاف في بعض صور الموت في الغيبة، وأما قوله عدمه فلا فرق بين أن يثبت في غيبة أو في البلد، ولا معارضة بين هذا وبين قول المختصر ولو عديماً لأن ذلك قبل الحكم وهنا ظهور العدم بعده، وقول المتن: لا إن أثبت إلخ إنما هو بعد الأداء بدليل قوله ورجع به، وقوله ورجع به قال الخطاب ما نصّه: وانظر إذا غرم ثم أثبت أنه كان عديماً قبل القضاء هل يرجع أم لا؟ وكان الخطاب لم يقف على قول اللخمي: وإن كان معسراً عند حلول الأجل ردّ الحكم وإن غرم الحميل المال استرجعه إلخ. وعلى هذا فقول المتن لا إن أثبت عدمه أي ولو بعد الحكم عليه بالغرم ودفع المال، وقول المتن أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء إلخ فيفيد أنه إذا ثبت موته بعد القضاء أنه لا يرجع بما أدى كقول المتن ولا يسقط بإحضاره وهذا هو الذي تدل عليه النصوص، ولكن لا يفهم هذا فهماً تاماً إلا إذا وقف على كلام الناس في الشرح. وقول الناظم: (وجائز ضمان ما تأجلاً إلخ) هذا يحتاج إلى كلام طويل ولذلك أطال هذا الشارح، وكلام المختصر جامع لذلك إن شرح على ما ينبغي ونصّه عاطفاً على ما يجوز والمؤجل حالاً إن كان ممّا يعجل وعكسه إن أسر غريمه أو لم يوسر في الأجل وبالموسر أو المعسر لا بالجميع اهـ. فقوله: إن كان ممّا يجعل الذي يعجل هو العين مطلقاً والعرض من قرض والذي لا يجعل العرض من بيع وقوله حالاً ومثله إن كان لدون الأجل وأما للأجل فجائز ولا بعد تمتع لأن التأخير سلف وانتفع بزيادة التسوّد، وظاهر المتن في قوله: إن كان ممّا يعجل أنه إذا كان لا يعجل فإنه لا يجوز ولو قصد بإعطاء الضامن نفع الطالب وهو كذلك، وكلام اللخمي مردود هنا وإن لم ينسبه عليه ابن عرفة والجماعة. وقوله: وعكسه إلخ العكس هو أن يكون الدين حالاً في الحال ويؤخره على ضامن فإن ذلك جائز لأنه قادر على أخذ ماله فإذا أخره به فهو كابتداء سلف على ضامن وذلك جائز. وقوله: أو لم يوسر في الأجل هو جائز أيضاً لأن تأخير المدين إلى اليسر واجب فلا سلف، ومفهومه إن كان يوسر في الأجل فإن ذلك لا يجوز لأن تأخيريه بعد اليسر سلف وانتفع بالضامن. وقوله: وبالموسر إلخ أي بالموسر به أو المعسر به مثاله أن يكون الدين مائتا درهم وموسر

قوله وجائز ضمان ما تأجل معجلاً يعني أن من له دين على رجل إلى أجل فإنه يجوز له أن يأخذ منه حميلاً بذلك الدين على أن يوقيه عاجلاً إما الآن أو قبل الأجل؛ (لأن ما قبل الأجل) يصدق عليه أنه معجل وإلى هذا الفرع أشار بقوله وجائز ضمان ما تأجل معجلاً وكذا يجوز أن يعطيه الحميل بالمؤجل إلى الأجل نفسه كما سيأتي عن المدونة. وفهم من قوله: «معجلاً» أنه لو أعطاه الحميل لأبعد من الأجل لم يعجز؛ لأنه سلف جر نفعاً فالسلف التأخير بعد الأجل، والنفع التوثق بالحميل وهذا إذا كان الدين مما للمدين تعجيله قبل أجله كالعين من بيع أو قرض، والعرض والحيوان والطعام من قرض، وأما إذا كان الدين عرضاً أو حيواناً من بيع فلا يجوز أن يعطيه حميلاً بالدين المؤجل حالاً؛ لأنه من باب حط عني الضمان في المدة الباقية من الأجل وأريدك توثقاً بالحميل قال في المدونة: قال ابن القاسم: ومن له على رجل دين إلى أجل وأخذ منه قبل الأجل حميلاً أو رهناً على أن يوقيه حقه إلى الأجل أو إلى دونه فذلك جائز؛ لأنه زيادة توثق. ابن يونس: إنما يجوز إلى دون الأجل إن كان الحق مما له تعجيله وأما إن كان حيواناً من بيع فلا يجوز؛ لأنه من باب حط عني الضمان وأريدك توثقاً. (ونقل في التوضيح) عن ابن عبد السلام ما نصه وليس بين لأن رب الدين ما أخذ زيادة في نفس الحق، ولا منفصلة يتنفع بها، وإنما قصد التوثق، وذلك يدل على أنه لا غرض له في التأخير، ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته. وتظهر فائدته مع التأخير لا مع التعجيل. ١ هـ وفي المقرب قال ابن القاسم: وإن أخذ منه حميلاً قبل محل الأجل أو رهناً على أن يعطيه حقه قبل محل الأجل أو بعد محله فلا بأس بذلك؛ (لأنه لا تهمة فيه): وقال فيه: ومن أعطى لصاحب الحق حميلاً قبل محل أجل الدين على أن يؤخره إلى أبعد من الأجل لم يصح ذلك، وإن كان قد حل أجل الدين

بمائة ومعسر بمائة فيجوز تأخير إحدى المائتين بضامن وأما بهما فلا لأنه سلف جر نفعاً إذ تأخيره بالموسر بها سلف وانتفع بضامن المعسر بها ولكن انظر الشرح وكلام ابن عبد السلام هنا مرتضى عندنا بدليل كلام الناس فاستعن بهذا التحرير على ما طول به الشارح.

قوله: (لأن ما قبل الأجل إلخ) هذا ذكره غير واحد في بيع الأجل في عبارة المختصر واعترضه بعضهم لكن الأمر في هذا للصدق قريب لأن حكم المسألتين واحد المعجل حقيقة وما دون الأجل. قوله: (ونقل في التوضيح إلخ) هذا فيه نظر لأن رب الحق يخاف فليس للمدين قبل الأجل وعنده. قوله: (لأنه لا تهمة فيه إلخ) هذا في صور التأخير للأجل ظاهر، وأما فيما دون الأجل فذلك بشرط أن يكون الدين مما يعجل بدليل كلامه السابق، ولو راد الناظم بعد هذا البيت:

وشرط ما أجل قبض لزماً معجل يسر مدين تماماً
لكان أتم وأبين.

فلا بأس بذلك، وكذلك الرهن في هذا. وقال ابن القاسم: لأن ذلك بمنزلة من أسلف سلفاً عن ظهر يد وأخذ به حميلاً. وإلى فرع الناظم أشار الشيخ خليل بقوله في مختصره والمؤجل حالاً إن كان ممّا يعجل قوله: وعاجل مؤجلاً عاجل بالحفض عطف على ما والمعنى أنه يجوز لمن له دين حال وعن حلوله عبر بعاجل أن يأخذ من المدين حميلاً بذلك الذين إلى أجل، وأطلق في الجوار وقيله غيره بما إذا كان المدين موسراً؛ لأنه كابتداء دين بحميل. اللّخمي: إن حلّ الدين فاعطاه حميلاً على أن يؤخره فإن كان الغريم موسراً بجميع الحق كان التأخير والحماله جائزة. اهـ. وكذا إن كان عديماً وكان لا يوسر في الأجل كالحبس عليه أصول لها غلات ليس له منها إلا ما يقبض في تلك الغلات فإن كان عليه دين فاعطاه حميلاً به لسنة شهر مثلاً ولا توجد غلة أصوله ولا يحل بيعها إلا بعد ستة أشهر فأكثر فذلك جائز أيضاً؛ لأنه معسر وإنظاره واجب. التوضيح: أمّا إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق. اهـ. وأمّا إن كان عديماً ويوسر بعد ثلاثة أشهر مثلاً في المثال المذكور لوجود الغلة في ذلك الزمان ففي جوار التأخير لتمام الأجل. ومنعه قولان لابن القاسم وأشهب وعلى قول ابن القاسم ذهب في المختصر، حيث قال: وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل، إذ مفهومه أنه إذا أيسر في الأجل لم يجز وهو قول ابن القاسم. وإلى مسألة الخلاف فيه أشار ابن الحاجب في قوله: ولو شرط الأجل في الحال والغريم معسر يوسر في مثله منه ابن القاسم وأجازه أشهب. التوضيح: يعني لو شرط الضمان التأجيل بالدين الحال على الغريم والغريم حيثئذ معسر يوسر قبل تمام الأجل فهل يمنع؟ لأن الزمان المتأخر عن يساره يعدّ صاحب الحق فيه مسلماً؛ لأنه آخر ما عجل فيمتنع؛ لأنه مسلّف قد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه، وهو قول ابن القاسم. وهذا على أن اليسار المترقب كالحق أو يجوز؛ لأن الأصل استصحاب عسره، ويسره قد لا يكون فلم يضره وكان المعسر تبرع بالضمان، وهو قول أشهب. أمّا إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق وهذا مفهوم المصنّف، وقوله في مثله لفظه مثل رائدة لأن المراد في الأجل قبل فراغه. ومعنى قوله: يوسر قبل أي الغالب عليه أن يوسر قبله ك بعض أصحاب الغلات^(٤٦)، وفهم من قوله: والغريم معسر أنه لو كان موسراً لجاز، وكذلك نصّ عليه اللّخمي. كلام التوضيح بلفظه وقد أطال الشارح هنا بمسألة مثل عنها الأستاذ أبو سعيد بن لب هي من معنى ما نحن بصده فليراجعها فيه من أرادها.

وما على الحميل غريم ما حمل إن مات مضمون ولم يحن أجل

يعني أنه إذا مات الغريم المضمون عنه قبل حلول أجل الضمان فلا غرم على الحميل إذ ذاك، فإن ترك المضمون مالا أخذه صاحب الدين ويرى الضمان فلا غرم عليه رأساً، وإن

(٤٦) الغلات: جنح غله وهو الدخول من كراه دار أو ريع أرض.

لم يترك مالا فلا غرم على الحميل أي الآن قبل حلول الأجل، وأما بعد حلوله فيغرم. فنفي الغرم عن الحميل المذكور في البيت هو عند موت الغريم، ولا إشكال أنه لا غرم عليه حيثئذ. قال في المقرب: وإن مات الذي عليه الحق قبل حلول الأجل كان للذي له الحق أن يأخذ من ماله، فإن لم يكن له مال لم يكن له أن يأخذ الكفيل حتى يحل الأجل. ونحوه نقل المواق عن المدونة (قال ابن عرفة: وموت الغريم مليا) يوجب تعجيل القضاء من تركته، وموته عدما لا يوجب على الحميل تعجيله اهـ. هذا حكم موت الغريم قبل حلول أجل الدين. أما إذا مات الضامن قبل الأجل قال في المدونة: قال مالك: إذا مات الضامن قبل الأجل فلطالب تعجيل حقه من تركته ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل وله محاصة غرمائه أيضا اهـ. وفي ابن عرفة أثر ما تقدم عنه. وفي كون موت الحميل يوجب تعجيل الحق من تركته ويقتضيه وارثه عند حلوله ووقفه لحلوله فإن حل والغريم ملئ رد لوارثه ولا أخذه الطالب روايتان له ولابن وهب وعبد الملك. وعلى الرواية الأولى ذهب الشيخ خليل حيث قال: وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد أجله وقد كنت نظمت بيتا في حكم موت الضامن وهو:

وعجل الحق بموت من ضمن وارثه يرجع بعـد أن يحن

قال الناظم - رحمه الله -:

ويأخذ الضامن من مضمونه ثابت ما أداه من دينونه

يعني أن الضامن إذا أدى الحق الذي ضمنه من مال نفسه وثبت ذلك يعني إما بيينة أو بإقرار المضمون له فإنه يرجع على المضمون عنه بما أدى عنه من الدين. ابن الحاجب: ويرجع بما أدى بيينة أو بإقرار المضمون له ولا يكفيه إقرار المضمون عنه. وفي كتاب محمد من تحمل بعبد أو حيوان أو عرض أو طعام فأداه الحميل من عنده رجع بذلك كله بمثله؛ لأنه سلف ابن يونس: وهو الصواب وفي التوضيح: فرع ويرجع بمثل ما أدى إذا كان

قوله: (قال ابن عرفة وموت الغريم مليا إلخ) قال في المختصر: وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعده أو الغريم إن تركه وقد أشار لنص التهذيب، وإذا مات الكفيل قبل الأجل فلطالب تعجيل الدين من تركته ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل وله محاصة غرمائه أيضا، وإن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله، وإن لم يدع مالا لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل، وإن مات الغريم مليا والطالب وارثه بريء الحميل لأنه إن غرم للطالب شيئا رجع عليه بمثله في تركة الميت والتركة في يديه فصارت كمقاصة، وإن مات الغريم معدما غرم الكفيل اهـ. بلفظه وهو في غاية الحسن، ونقله أحسن من نقل غيره مع تمامه، وزاده أبو الحسن حسنا فقف على الشرح فيه. وفي ضامن الوجه هنا مسائل كثيرة تتعلق بما في المختصر والتحفة.

مثلياً، واختلف إذا تكفل بعرض وأداء. فالشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب يرجع بمثله؛ لأنه كالسلف. (وفي سماع أبي زيد): المطلوب مخير إن شاء دفع مثله وإن شاء دفع قيمته. وفي الواضحة: «لأنه لا يقرم إلا مثله» (قال في البيان): «ولا خلاف أنه إن اشترى العرض أنه يرجع بثمنه الذي اشتراه به ما لم يحاب فلا يرجع بالزيادة»^١ـ

والشاهد العدل لقائم بحق إعطاء مطلوب به الضامن حق

يعني أن من ادعى دعوى وأقام عليها شاهداً واحداً عدلاً فإن من حقه أن يأخذ من المطلوب المدعى عليه ضامناً بذلك الحق. قال الشارح: لأن الحكم قد قارب أن يتوجه إما بإضافة شاهد ثانٍ للأول، وإما يمين القائم مع شاهد، وإما ما كان فيجب الحكم به. والضامن في هذا الموضع مما يتعين على المضمون عنه ويظهر أن هذا إنما يكون من عند من يجيز الحكم بالشاهد واليمين. ففي كتاب ابن يونس قال ابن القاسم: وإن سأله كثيراً بالحق حتى يقيم البيّنة لم يكن له ذلك إلا أن يقيم شاهداً فله أخذ الكفيل وإلا فلا، إلا أن يدعي بيّنة يحضرها من السوق أو من بعض القبائل، فليوقف القاضي المطلوب عنده لمجيء البيّنة فإن جاء بها وإلا خلى سبيله. وهذا الذي نقل ابن يونس عن ابن القاسم. وإن ادعى بيّنة كبالسوق وقفه القاضي عنده. انتهى كلام الشارح.

(وظاهر كلامه) هنا أن الحميل مع الشاهد بالوجه، وكذا ظاهر كلامه آخر الشهادات حيث قال: كحساب وشبهه بكفيل بالمال كان أراد إقامة ثانٍ أو لإقامة بيّنة فبالحميل بالوجه

قوله: (وفي سماع أبي زيد الخث) ليس هذا هو المذهب. وقوله: (قال في البيان) صحيح وما قاله الثاني ومن وافقه لعل كلام ابن رشد طريقة لا تصح والله أعلم. وصاحب المختصر قال: يرجع بما أدى ولو مقوماً إن ثبت الدفع فبقوله بما أدى بمثله إذ الرجوع بالمؤدى لا يتوهم لأنه أخذه رب الحق، وما لفظ عام فيشمل أنه يرجع بمثل المقوم ومثل المثلي إن أداه من عنده، ويشمل ثمن المقوم وثمن المثلي إذا اشتراهما إذ هذا كله أداء لأنه سلف بدليل قول ابن يونس: ويرجع بمثل المقوم لأنه مسلف، وأيضاً المراد بما أدى هو ما خرج من يده، وما ذكره الثاني ومن وافقه ليس هو كذلك، هذا كلام اللخمي وابن رشد وابن يونس وغيرهم. وذكر ابن يونس عن بعض القرويين أنه يرجع بالثمن الذي اشترى به إن كان الضمان بإذن المضمون عنه وإلا فيرجع بالأقل من الثمن ونفس ما تحمل به، وقدمناه بلفظه عند قول الناظم: ولا اعتبار برضا من ضمنا، ولا فرق في الرجوع بالثمن بين أن يكون أقل من قيمة ما تحمل به أو أكثر، وقد بينا هذا كله في الشرح بنصوص العلماء.

قوله: (وظاهر كلامه الخ) إذا أقام الطالب شاهداً بالحق هل يجب له ضمان بالمال أو بالوجه؟ في ذلك اضطراب، فقال أبو الحسن على المدونة ما نصّه: قال أبو إسحاق في المدونة ما ظاهره: إنه إن أقام شاهداً بالحق أن عليه كثيراً بالمال وقد يكون فيه تأويل لأن الكلام محتمل،

على قاعدته الأكثرية من رجوع القيد لما بعد الكاف. وفي التوضيح: آخر الشهادات ما هو صريح في أن الحميل بالمال ولفظه فأمّا المطلوب إذا أجل لدفع البيّنة للطلّاب أخذ حميل بالمال. المازري: وكذلك لو أقام عليه شاهداً وطلب ذلك المدعي أن يأتي بشاهد آخر. اهـ محل الحاجة منه، فظاهر قول المازري وكذلك. إلخ أو صريحه أن الحميل بالمال لا بالوجه والله أعلم. ثم قال - رحمه الله -.

وضامن الوجه على من أنكره دعوى امرئ خشية أن لا يحضرا
من بعد تأجيل لهذا المدعي بقدر ما استحقّ فيما يدعي
وقيل إن لم يلف من يضمنه للخصم لارمه ولا يسجنه
وأشهب بضامن الوجه قضى عليه حتماً ويقول القضا

لما ذكر في البيت قبل هذا حكم من ادعى دعوى وقام له بها شاهد ذكر هنا حكم من ادعى دعوى ولا مصدق له من شاهد ولا غيره ورغم أن له بيّنة على ذلك وأنكر المدعي عليه فإن الحكم في ذلك أن يضرب القاضي للمدعي أجلاً لإثبات دعواه بقدر ما يليق به، ولا ضرر فيه على المدعي عليه ويأمر المدعي عليه بإعطاء حميل بالوجه خشية أن لا يجده المدعي إذا أتى بيّنته. ولذلك (قال: خشية أن لا يحضر) أي ليقم البيّنة على عينه. فإن لم يجد من يضمنه فيقول للمدعي لارمه ولا يسجنه بمجرد الدعوى. هذا مذهب ابن القاسم.

فالصواب أنه لا يأخذ حميلاً بالمال إذا أثبت شاهداً إلا بعد أن يحلف الشيخ وهذا غير بين، لأن الذي يجب بعد الحلف مع الشاهد إنما هو الغرم إلخ. انظر عند قول المتن: ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد، وإن ادعى بيّنة بكالسوق وقفه القاضي عنده إلخ آخر الضمان. وكلام من قال إن قول المتن إلا بشاهد أن الضامن بالمال وإن الاستثناء متقطع، وانظر قول أبي الحسن الشيخ وهذا غير بين إلخ عند قول المتن ومن استعمل لدفع بيّنة أمهل بالاجتهاد كحساب وشبهه بكفيل بالمال كان أراد إقامة ثان أو بإقامة بيّنة فبحميل بالوجه إلخ في شرح هذا للمحل والجواب عما ذكره أبو الحسن، لكن في مفيد ابن هشام أن لم يجب سحنون لا يجب الضامن بالمال إلا مع شاهدين وبه العمل فاعرفه، هذا لفظه وهو فرع غريب قلّ من يعرفه ولذلك قال فاعرفه والله أعلم، انظر آخر المقيد فإنه يقتضي كلامه أن مذهب ابن القاسم يجب الضامن بالمال بشاهد واحد، ولكن العمل على قول سحنون وعلى ما قاله المقيد من العمل يظهر لك ما في المسألة، ولكن هذا ملخصه والبرزلي وافق صاحب المقيد في هذا.

قوله: (خشية أن لا يحضر) أي ليقم البيّنة على عينه عبارة المقيد معدداً لما خالفت فيه الأندلس ابن القاسم ما نصّه: وأوجبوا الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البيّنة على عينه، وإن عجز عنه وكانت البيّنة غائبة سجن قاله أشهب اهـ. بلفظه. وحاصل ما لحصنه من كلام الناس

قال أشهب: لا بدّ من ضمان الوجه فإن لم يجده مسجن والقضاء بقوله. وإنما يسجن على هذا القول بعد أن يحلف المدعي أنّ له بينة غائبة وليس في النظم ما يشعر بحلفه. هذا حاصل ما نقل الشارح عن الوثائق المجموعة مع طول عبارتها. فقوله وضامن الوجه مبتدأ ومضاف إليه، وعلى من أنكر أخبره أي واجب أو لازم، وخشية مفعول من أجله، ومن بعد يتعلق بما تعلق به الخبر وفاعل استحقّ للمدعي أي يؤجّل المدعي بقدر ما استحقّ من التأجيل ممّا يسعه من إقامة البينة ولا ضرر فيه على المدعي عليه وقوله وقيل إن لم يلف من يضمنه أي يقال للمدعي وهو الذي كفى عنه بالخصم فللخصم يتعلق بقيل إن لم يوجد من يضمن وجه المدعي عليه وقوله: لازمه هذا هو المحكي بالقول والله أعلم.

ويبرأ الحميل للوجه متى أحضر مضموناً لخصم ميتاً

(يعني أنّ الحميل بالوجه الذي اشترط) أن لا يغرّم المال يبرأ من الحمالة بإحضار

عند قول المتن: ولم يجب وكيل للخصومة إلخ أن البينة القريبة يلزم فيها المطلوب الحميل بالوجه، فإن عجز عنه حلف الطالب أن له بينة وسجن له، وأما البينة يحلف بها المطلوب ويسرح ولا يطلب بغير ذلك، والذي به العمل في البينة تحليف الطالب أن له بينة ويسجن المطلوب، ولا تسقط بينة الطالب في البينة مع حلف المطلوب على قول من لا يرى حبه وأنه يحلف ويسرح، ولا فرق في هذا الضامن بحسب ظاهر كلامهم في إعطاء الضامن بين مجهول ليشهد على عينه وبين من يعرف ويخاف هروبه وهو أمر ظاهر، فإن المعروف قد يفرّ فلا يجد عند الإتيان بالبينة مع من يتحاكم معه، ولا من يأخذ ما شهد له به، والحلقة ليست هنا شرطاً في إعطاء الضامن وإن ذكرت في أنقال لأن ذلك على الأمر الأول والعمل خلاف قول المتن ولم يجب وكيل، ومرادهم بالوكيل هنا من عليه الحق بحسب الدعوى من المدعي، ولم يذكر في الوثائق المجموعة حلف الطالب إلا في الغيبة البينة لكن في ابن الهندي والفشتالي ما ذكرناه ولكن في الوثائق أظهر لأن الحبس في البينة أكثر مثقة على المحبوس من القريبة. وكذلك لم يذكروا هذه البينة القريبة من غير ما في السوق ونحوه وحكمها في المتن. وقال البرتاسني في بين الطالب ما نصّه: قلت هذه البين يغفل عنها الحكام الآن وهي حسنة لا سيما فيمن يفهم منه التضييق على المدعي عليه حيث يعلم أنه لا يجد ضامناً حتى يضطره الحال إلى أن يصلح به شيء يعطيه له في دعواه، وقيل: إن لم يجد ضامناً فإنه يحلف أنه لا يجد ضامناً ولا يقدر عليه إلخ، وهذا تنبيه حسن غاية زبائع في النصح النهائية، لكن من مازع الناس وابتلي بالقضاء وكانت له مراقبة مع الله فهم هذا، وهنا يحتاج القاضي إلى لبّه وفهمه، فإن رأى القرائن تدلّ على صدق الطالب في الجملة أخذ بالقول بالسجن بعد حلف الطالب وإلا أخذ بمقابله وهو تحليفه وتسريحه، وتحليفه أنه لا يجد ضامناً فإن القاضي إذا راقب مولاه رزقه الله هداه، وفي المسألة خلاف غير هذا انظر شرحنا لقول المتن: ولم يجب وكيل إلخ آخر الضمان، وعند قوله آخر الشهادات، ومن استهل إلخ. قوله: (يعني أنّ الحميل بالوجه الذي اشترط إلخ) تبع ابن الناظم في قوله الذي اشترط إلخ وذلك فاسد، وإنما

المضمون للمضمون له سواء أحضره حيًّا أو ميتًا. قال اللّخمي: والحالة بالوجه تسقط عن الحمل بإحضار المضمون وإن كان معدماً، وكذلك إن كان حاضر البلد مسجوثاً كان سجنه ذلك في حقّ أو تعدياً عليه؛ ولأنّ ذلك كموته إذا تعدّى عليه بالسّجن. ومن المقرّب في الحالة بالوجه: وإن مات الغريم برئ الحمل أيضاً، لأنّه إنّما تحمّل بنفسه وقد ذهبت نفسه. اهـ ومنه قوله: أحضر أنّه إن لم يحضره، وإنّما أثبت موته فإنّه لا يبرأ بذلك وهو كذلك..

وأخروا السّائل للإرجاء كاليسوم عند الحكم للأداء

إن جاء في الحال بضامن وإن لم يأت بالحميل بالمال سجن

هذه المسألة من باب المديان، وإنّما ذكرها هنا لمناسبتها بالباب في مطلق إعطاء الضّامن، والإرجاء التّأخير، يعني أنّ المديان إذا حكم عليه بأداء الدّين وسأل أن يؤخّر الزّمان اليسير كالיום وشبهه فإنّه يجاب إلى ما سأل لكن إن جاء بضامن يضمن المال لصاحبه يعني أو جاء برهن فإن لم يأت بواحد منهما فإنّه يسجن. (ففي أحكام ابن سهل) سئل سجنون عمّن عليه دين فسأل أن يؤخّر يوماً أو نحوه قال: يؤخّر ويعطي حميلاً بالمال فإن لم يجد حميلاً بالمال إلى يوم ولا وجد المال سجن. وفي مختصر الشّيخ خليل: وإن وعد بقضاء دين وسأل تأخيره كالיום أعطى حميلاً بالمال وإلا سجن.

الكلام في ضامن الوجه الذي لم يشترط أنّه لا يغرّم المال، وأما الذي اشترط أنّه لا يغرّم فهو ضامن طلب ولا يضمن إلا إذا فرط أو هرب وهو قول المتن وبالطلب وإن في قصاص كاتنا حميل يطلبه أو اشترط نفي المال إلى قوله: وغرم إن فرط أو هرب إلخ. وأيضاً كلام هذا الشارح يقتضي أنّه إذا لم يشترط ما ذكر فإنّه يضمن حتى مع حضور المدين، وأيضاً ضامن الوجه إذا أثبت موت المدين فإنّه لا ضمان عليه مطلقاً على الملعب والتفصيل المذكور عند الشارح مقابل، وهذا يرد على النّاظم أيضاً بحسب مفهوم كلامه، وانظر الشرح في هذا عند النص المذكور هنا وهو قوله: وبالطلب يظهر لك ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى.

قوله: (ففي أحكام ابن سهل إلخ) فالذي في ابن سهل بعد كلام هو قوله ما نصّه: فالذي نقوله إن ثبت عليه دين ولم يكن من أهل النّاض أنّه يؤجل في بيع ريعه الشهر وأكثر إلى الشهرين فهذا ما عندنا قاله ابن لبابة وابن وليد هذا لفظه: وحاصل ما لحصناته على قول المتن وإن وعد بقضاء وسأل تأخير كالיום أعطى حميلاً بالمال وإلا سجن أنّ التّأخير باجتهاد القاضي باعتبار قلة المال وكثرته وتيسر الحال على الشخص وتعمره ممّا لا يضر المدين ولا صاحب الحق، قف على الشرح فإنّ ما في المتن إمّا هو من سؤال المدين، وإلا فالامر أوسع من هذا بدليل ما تراه من الاتّقال في المحل المذكور قف عليه ومراده على ما ذكرناه وبه جرى العمل وكلام هذا الشارح موهم.

باب الوكالة وما يتعلق بها

ابن مفرقة: الوكالة نيابة ذي حق غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته. قوله: «ذي حق» أخرج به من لا حق له فإنه لا نيابة له، وقوله: «غير ذي امرأة» أخرج به الولاية العامة والخاصة، وقوله: «ولا عبادة لغيره فيه» أخرج به إمامة الصلاة وقوله: «لغيره» متعلق بنيابة، والضمير عائد على المضاف إليه الذي هو صاحب الحق، وقوله: «غير مشروطة بموته» أخرج به الموصي؛ لأنه لا يقال فيه عرفاً: وكيل، ولذا فرقوا بين فلان وكيل، وموصي. اهـ وقد عقد الناظم في هذا الباب الكلام على الوكالة بقسميها من تعميم وتخصيص. ومسائلها مما يكثر وقوعها بين يدي القضاة. هذا مع أن الوارد عن أهل العلم ~~في~~ في ذم الخصومة على الجملة وفيما يخص عين المسألة مما لا يحصى كثرة، فمن ذلك ما حكاه المتطفي قال: وكره مالك الخصومات لذوي الهيئات. وحكي عن ابن شعبان قال مالك: أرى المخاصم رجل سوء. وقالت عائشة رضي الله عنها: «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم» (٤٧). وفي جامع البيان: عن عبد الله بن عمر أنه قال: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد حاد الله، ومن تكلم في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى يترع.

يجوز توكيل من تصرفاً في ماله لمن بذلك اتصف

يعني أنه يجوز للإنسان أن يوكل على قبض حقوقه واقتضاء ديونه وغير ذلك من أموره لكن إنما له ذلك إذا كان وشيداً لا حجر عليه لأحد، وعلى ذلك نبه بقوله لمن تصرفاً في ماله فالرشد شرط في الموكل بالكسر، وكذلك يشترط في الموكل الرشد أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله: لمن بذلك اتصفا فيشتترط في الموكل بالفتح الرشد أيضاً، وفهم من ذلك أن المحجور لا يوكل غيره على حقوقه، ولا يكون وكيلاً لغيره. ابن عرفة: قال ابن شاس كل من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله، ومن جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلا للمانع. ومسائل المذهب واضحة وبامتناع توكيل من ليس له جائز الأمر. وفي سماع يحيى: في توكيل بكر من يخاصم لها، توكيلها غير جائز لها؛ لأنها لا تلي هذا من أمرها إنما يليه وصيها ومن يوكله السلطان. ووقع في المدونة ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه في

باب الوكالة وما يتعلق بها

(٤٧) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٤٥٧، ٤٥٢٣، ٧١٨٨)، ومسلم (٢٦٦٨)، والترمذي (٢٩٧٦)، والنسائي (٥٤٣٨)، وأحمد في المسند (١/٥٥، ٦٣، ٢٠٥)، وابن حبان في صحيحه (٥٦٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/١٠)، والبيهقي في شرح السنة (٢٤٩٩).

عتقها. الثاني إن دفع العبد مالا لرجل على أن يشتريه ويعتقه فعقل فالبيع لازم، فإن استثنى ماله لم يغرر المال ثانياً وإلا غرره ويعتق العبد ولا يتبع بشيء. ثم قال الشارح: وأما منع كون الوكيل محجوراً عليه فقال اللّخمي: لا يجوز؛ لأنه تضییع للمال قلت: وعليه عمل أهل بلدنا. وظاهر كتاب المديان جوارزه، ففيها ما نصّه قلت: إن دفعت إلى عبد أجنبي محجور عليه مالا يتجر لي به أو ليتيم محجور عليه ثم لحقهما دين يكون في دمتهم؟ قال: قال مالك: يكون في المال الذي دفع إليهما وما راد فهو ساقط عنهما. قلت: ظاهره جواز توكيله ما إلا أن يقال: إنما تكلم عليه بعد وقوعه. والأول أظهر وهو الأكثر من أخذ الشيوخ الأحكام من مفروضات المدونة اه فقف على أن مسائل المدونة تؤخذ منها الأحكام، ولا يقال إن تلك الأحكام هي بعد الوقوع والنزول لا ابتداءً والله أعلم. وفي شرح الخطأ بقول الشيخ خليل في باب الشركة وإنما تصح من أهل التوكيل بعد أن أطال الكلام على توكيل المحجور وتوكله ذكرنا كان أو أنش بكرة أو غيرها. ثم قال: (فحصل من هذه النقول) أن توكيل المحجور عليه في الخصام في تخليص ماله وطلب

قوله: (فحصل من هذه النقول إلخ) الخطاب ترك بعض هذه المسائل وكملناه في شرحنا الذي لحصناه عند قول المختصر في الشركة: وإنما تصح من أهل التوكيل، والتوكل أن العمل جار بتوكيل المحجور عليه على حقوقه المالية، وأما نحو العصمة فلا إشكال لأنه غير محجور عليه فيما يتعلق بعصمته، وأما كون المحجور عليه يكون وكيلاً لغيره فلا على ما به العمل بتونس كما قاله ابن عرفة ورأى: المحجور عليه يوكل على طلب حقوقه ولا يتوكل أي فيما هو محجور عليه فيه وهو المال، وأما العصمة فهو فيها رشيد أو كالرشيد فلا دخل لها هنا في الحقيقة، ويظهر من كلام الناس أنه لا منافاة بين ابن الحاج وألّخمي، فحصل كلام الأول على أنه إذا دفع للمحجور الموكل فإنه يبرأ الغريم بذلك، وكلام الثاني على أن توكيل الرشيد للمحجور لا يجوز ابتداءً وربما يقول يبرأ الغريم بالدفع إليه بعد الوقوع وإن كان كلامه يقتضي أن تؤمل عدم البراءة، وكذا يفهم ذلك من كلامهم في المسألة وما قاله ابن الحاج به الفتوى كما في المعيار ولكن قيد بكون الموكل بالكسر يعرف أن الوكيل محجور عليه ويكون موكله رشيداً وقد لفتت في هذا ما نصّه:

وناقص توكيله قد حظرا في نحو بيع وشراء وكرا
وجائز توكيله فيما طلب من حقه في راجع نلت الأرب
توكل منه لغير منعنا . وقبل بالجواز فافهم واسمعا
من عارف بحججه وهو رشيد وعمل بالكل فافهم يا سعيد
وكل ما يرجع للأبدان فاقص وكامل سيان
أي فيه ومراده بالناقص هو المحجور، ولا بد من الوقوف على الشرح فيه زيادات كثيرة وفي

حقوقه لا يجوز على ظاهر المذهب ، ويصح على ما قاله في اللّباب ، ونقله في معين الحكّام عن أبي بكر بن عبد الرّحمن ، وتقدّم أنّ غيره خالفه فيه ، وأمّا توكيله على البيع والشراء في ماله فلا يجوز ولم أر فيه خلافاً بعد البحث إلّا ما يؤخذ من مسألة العتق التي في المدوّنة والعتبة المتقدّم ذكرها ، وأمّا توكيل المرأة المحجور عليها في لوازم عصمتها فيجوز كما صرح به في التوضيح بل ليس لوليها القيام بذلك إلّا بتوكيل منها كما تقدّم ، وأمّا كون المحجور عليها وكليلاً فيجوز على ما صرح به في العتبة وصرح به ابن رشد من أنّه يجوز بلا خلاف وصرح به ابن راشد في اللّباب ، وأفنى به ابن الحاج ، ويؤخذ من مسألة العتق الثاني من المدوّنة ومن مسألة كتاب المديان منها ، ولا يجوز على ما قاله اللّخمي . وقال ابن عرفة : عليه عمل أهل بلدنا ، ومشى عليه صاحب الجواهر وتابعوه كالقرافي وابن الحاجب وقبلة ابن عبد السلام والمؤلف في توضيحه وغيرهم ، فتحصّل في ذلك طريقان : قال : وإنّما أطلت الكلام في هذا ؛ لأنّ المصنّف لم يتكلّم عليه في الوكالة ، ويؤخذ من كلامه هنا المنع من توكيله وتوكله وهي إحدى الطّريقين كما عملت ولكن يقيّد ذلك فيما عدا توكيل المحجور عليها في لوازم العصمة واللّه تعالى أعلم اهـ . «ولن تصرّفاً» يحتمل أن يتعلق بـ «توكيل» أو بـ «يجوز» و «لن بذاك اتّصفا» يتعلّق بـ «توكيل» و «بذاك» بـ «اتّصفا» والإشارة للتصرّف في المال .

ومنعوا التوكيل للذميّ وليس إن وكل بالمرضبيّ

يعني أنّ الفقهاء منعوا أن يوكل المسلم ذميّاً ؛ لكونه لا يتقي الحرام في معاملاته ، وكذلك لم يرتضوا أن يكون المسلم وكليلاً للذميّ لما في ذلك من إهائته والاعتذار عليه . قال الشّارح : وكأنّ الحكم بعدم الجواز في الصّورة الأولى أشدّ ولذلك عبّر عنه الشّيخ بلفظ المنع ، وفي الصّورة الثّانية بنفي الرضا اهـ . قال في المدوّنة : قال مالك : لا يجوز للمسلم أن يستأجر نصرانيّاً إلّا لخدمة فأمّا لبيع أو شراء أو تقاض أو ليضع معه فلا يجوز لعملهم

هذا كفاية لحصننا في توكيل الذميّ وتوكيله ما محصله المسلم لا يوكل الذميّ في البيع والشراء والتقاضى ، وكذا لا يعطيه المال قراضاً لأنّه توكيل ، ولذلك صاحب المختصر لم يذكر منعه في كتاب القراض ، والبضاعة مثل القراض والشراء في المنع ، وقد قال صاحب المختصر في كتاب الوكالة : ومنع ذميّ في بيع أو شراء أو تقاض ، وقال في القراض : القراض توكيل على تجر إلخ . وأمّا توكيل الذميّ للمسلم على الخصام ولو لمسلم أو إعطائه قراضاً فذكروا في ذلك الكراهة وغيرها لكن الظاهر هو الكراهة وهو صريح كلام ابن رشد في القراض ، وقد رأينا المسلم يتوكل للذميّ في الخصام مع مسلم أو ذميّ كثيراً عند أسياننا الذين كانوا قضاة ولا نكير عندهم ذلك مع كونه في ذلك شائناً ذائعاً غاية ، انظر الشرح عند قول المختصر : وإنّما تصح من أهل التوكيل والتوكل ، والشركة مع الذميّ إنّما تجوز في شركة العنان وفي كلام الخطّاب شيء .

بالربا واستحلالهم له . قال مالك: وكذا عبده النصراني لا يجوز أن يأمره ببيع شيء ولا شرائه ولا اقتضائه، ولا يمنع المسلم عبده النصراني أن يأتي الكنيسة ولا من شرب الخمر وأكل الخنزير . قال ابن القاسم: ولا يشارك المسلم ذمياً إلا أن لا يغيب على بيع أو شراء إلا بحضرة المسلم . قال: ولا بأس أن يساقه إذا كان الذمّي لا يعصر حصته خمرًا . قال: ولا أحبّ لمسلم أن يدفع للذمّي قراضاً لعمله بالربا ولا يأخذ منه قراضاً لثلاث يذلل نفسه . يريد: وإن وقع لم يفسخ أـهـ . وهذا النص كله في الفروع الأولى أعني توكيل المسلم الذمّي إلا قوله آخره، ولا يأخذ منه قراضاً لثلاث يذلل نفسه فإنه شاهد للفروع الثاني وهو كون المسلم وكيلاً للذمّي، والمراد بالذمّي والله أعلم الكافر من حيث هو ذمياً كان أو حربياً . وفي طرر ابن عات قال الشعباني: الوكالات أمانات وينبغي لأولي الأمانات أن لا يوكّلوا أولي الخيانات . قال مالك بن دينار: كفى بالمرء خيانة أن يكون أميناً للخونة .

(ومن على قبض صبياً قدماً فقبضه براءة للغرماء)

تقدّم أنّ من شرط الوكيل أن يكون رشيداً لقوله: في الشطر الثاني من البيت الأول لمن بذلك أقصفا وذكر هنا أنّ من قدّم أي: وكلّ صبيّاً على قبض دين فقبضه فإن الغريم يبرأ بالدفع له . قال في نوازل ابن الحاج: من وكلّ على قبض دين له صبيّاً قبل البلوغ فقبضه براءة للغرماء؛ لأنّ صاحب الحق قد رضي به وأنزله منزله . وظاهر كلام اللخمي كالمخالف لهذه الفتوى من كونه علل المنع من توكيل من ليس له بجائز الأمر بأنّه تضييع للمال، فعلى ذلك كان النظر هنا أن تمنع هذه الوكالة فتأملته . وفي طرر ابن عات ولا يوكل مسلم كافر، ولا كبير لطفل، ولا طفل لكبير من الاستغناء فمن موصولة مبتدأ صلته قدماً، وصبيّاً مفعوله وعلى قبض يتعلّق بقدّم، وجملة فقبضه براءة خبر من، وللغرماء يتعلّق ببراءة انتهى .

وجاز للمطلوب أن يوكل ومنع سحنون له قد نقلا

يعني أنّه يجوز للمطلوب أن يوكل من يخاصم عنه ويدفع حجة طالبه، كما يجوز للمطلوب عند سائر الفقهاء إلا سحنوناً؛ فإنه أباح ذلك للطالب وفاقاً لغيره من أهل المذهب، ومنع ذلك للمطلوب . (قال المتيطي: فإذا أراد الرجل التوكيل) جاز ذلك له طاباً

وقول الناظم: (ومن على قبض الخ) تقدم الكلام عليه قديماً .

قوله: (قال المتيطي: فإذا أراد الرجل التوكيل الخ) هذا كلام صحيح هكذا نقله المتيطي . وقال في محل آخر في هذا ما نصّه: وإذا سأل الخصمان أو أحدهما القاضي في أول مجلس تقدما إليه أن يوكل كل منهما من يتوب عنه في الدعوى والإقرار والإنكار فحكى ابن حارث في ذلك اختلافاً فقال ابن الهندي: الأصل قول من رأى ذلك لهما، وقال ابن سهل: الصحيح قول من أبى

كان أو مطلوباً هذا هو القول المشهور الذي جرى عليه العمل. وكان سحنون لا يقبل من المطلوب وكيلاً إلا من امرأة لا يخرج مثلها أو مريض أو مريد سفر أو من تبين عذره، أو من كان في شغل الأمير، أو على خطبة لا يستطيع مفارقتها كالخجاجة وغيرها، وكان يقبل التوكيل من كل طالب.

وحيثما التوكيل بالإطلاق فنلك التفويض باتفاق

يعني أن الوكالة على وجهين تكون مفوضة أي: عامة في كل شيء فلا تخص بشيء من الأشياء، وتكون مقيدة كوكلتك على كذا فتختص بذلك فإذا ورد لفظ التوكيل مطلقاً غير مقيد بشيء فيحمل على الوكالة المفوضة العامة في جميع الأشياء، وعلى ذلك نبه بالبيت، وفهم منه أن لفظ التوكيل إذا كان مقيداً بشيء فإنه يتقيد به ولا يتعداه لغيره ابن عرفة: شرط صحتها علم متعلقها خاصاً أو عاماً بلفظ أو قرينة أو عرف خاص أو عام، فلو

ذلك حتى يعتقد ما يكون منهما من الدعوى والإقرار والإنكار بالشهادة ثم يوكل من شاء منهما. قال ابن الهندي: الذي جرى به العمل أن يقر الخصم أو ينكر في مجلس القاضي إذا كان ما وقف عليه قريب للمعنى يفهم في الوقت ثم يوكل إن شاء فإن أبي أن يتكلم أدب حتى يتكلم. وقال ابن العطار: إن كان الوكيل بالحضرة جاز أن يوكله فيجيب عنه فإن لم يوكل أدب ثم يقال له قل الآن ما كنت تأمر وكيلك أن يقول عنك فإن أبي علم أنه ملد اهـ. بلفظه. وقال ابن عرفة بعد اختصاره كلام المتطبي عن ابن سهل ما نصه: الذي عليه العمل قديماً وحديثاً قبول الوكلاء إلا من ظهر منه تشييب ولد فواجب منعه من التوكيل هذا لفظه. وقال ابن فرحون في تبصرته ما نصه: قال ابن الهندي وقول من قال إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصبح لأنه قد أجاز للحاضر أن يوكل اهـ. بلفظه. وقال أيضاً وأحسن بعد أن ذكر كلاماً وذكر كلام سحنون المتقدم ما نصه: وفي هذا أي قول سحنون لا يقبل من المطلوب توكيلاً مد لكثير من ذرائع^(٤٨) الفساد، والمشهور المعمول به أن الوكالة تقبل من الطالب والمطلوب لكن إذا رأى القاضي توكيل المدعى عليه للدأ ولياً عن الانقياد إلى الشرع فينبغي له العمل بقول سحنون فقد كان من الأئمة المقتدى بهم ومن قضاة العدل رحمه الله تعالى اهـ. بلفظه. وفي الوثائق المجموعة: أن العمل جرى بما قاله ابن الهندي أيضاً فقد اتفقا في جري العمل بهذا أي بعدم توكيل المطلوب قبل الجواب إذا حضر بين يدي القاضي مع خصمه، ونقل عنه ح فيما يظهر من كلامه، والظاهر أن مرادهم بهذا إذا لم يوكل في أول الأمر حتى حضرا عند القاضي، أما لو وكلا أولاً فلا كلام في ذلك، والظاهر أيضاً أن مرادهم ما لم يجلسا ثلاثة مجالس عند الحاكم اهـ. ولم أقف على هذا في تبصرة ابن فرحون فقد اطلعنا على كلام هؤلاء الجهابذة النقاد ومن عليهم في هذا التوكيل والاعتماد، ولكن كلام ابن فرحون أعني قوله: إذا رأى القاضي إلخ هو الحق إن شاء الله تعالى، غير أن قوله: فينبغي يتعين أن يقول فيه فيجب فانهم هذه الفائدة فإن القاضي محتاج إليها غاية.

(٤٨) ذرائع: جمع ذريعة وهي الوسيلة والسبب إلى الشيء.

أتى لفظ التوكيل مطلقاً كانت وكيله أو وكلتكم فطريقان: (فقال ابن بشير) وابن شاس: لغو ، وهو قول ابن الحاجب: لم يقد. وقال ابن رشد: إنما تكون الوكالة مقوضة في كل شيء إذا لم يسم فيها شيء، ولهذا قالوا في الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت، وكذلك الوصية إذا قال الرجل فلان وصيي ولم يزد على ذلك كان وصياً له في كل شيء في ماله وبضع بناته وإنكاح بنيه الصغار، وهذا قوله في المدونة.

وليس يمضي غير ما فيه نظر إلا بنص في العموم معتبر

يعني أن فعل الوكيل ماضي لا يرد إلا ما كان منه غير نظر وغير سداد فيرد، ولا يمضي إلا أن ينص له الموكل على العموم والاستغراق، وأن فعله ماضي نظراً كان أو غير نظر فيمضي ولو كان غير نظر إلا في أربعة أشياء: طلاق زوجته، وإنكاح إبنك بناته، وبيع دار سكنه، وعق عبده، فلا يمضي في هذه الأشياء ولو فوض له في النظر وغيره. قال في التوضيح: وشرط المصنف أن يكون تصرفه نظراً؛ لأنه معزول عن غيره بالعادة إلا أن يصرح له بذلك فيقول نظراً وغير نظر وفيه نظر إذ لا يأذن الشرع في السفه، فينبغي أن يضمن الوكيل إذ لا يحل لهما ذلك والله أعلم. ابن راشد: وذكر غير المصنف وابن شاس وابن رشد أنه يستثنى من ذلك بيع دار السكنى، وبيع العبد، ودواج البكر، وطلاق الزوجة. إذ العرف قاضي بأن ذلك لا يندرج تحت عموم التفويض، وإنما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه اهـ الخطاب: فقله إلا الطلاق وإنكاح بكره. إلخ مستثنى من قوله وغير نظر وإذا استثنيت هذه مع وجود هذا القيد فأحرى أن تستثنى في عدمه. ثم قال الخطاب: وفهم ابن فرحون كلام ابن الحاجب على خلاف ما فهمه المصنف، وابن عرفة، فقال: هذا مثال لو كالة التفويض ولفظ ما يقتضي العموم ومعناه، فلو قال له وكلتكم بما تعاطيه من بيع وشراء وطلاق وعق وقليل الأشياء، وكثيرها جار فعل الوكيل في ذلك كله بشرط أن يكون على وجه النظر، وعكسه هو معزول عنه بالعادة إلا أن يقول له افعل ما رأيت كان نظراً

قوله: (فقال ابن بشير إلخ) الذي في ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب هو الذي مر عليه في المختصر حيث قال: لا بمجرد وكلتكم، وقبله ابن عبد السلام وابن مبرور كما في ابن عرفة وابن سلمون مر عليه أيضاً، وما في التحفة هو قول ابن رشد وتبعه عليه المتيطي ولم يذكر له مقابل، ولم ينقل ابن عرفة كلام المتيطي بل أغفله، وابن عبد السلام قال اتفق مالك والشافعي على عدم إفادة الوكالة المطلقة واختلف في الوصية المطلقة. والفشتالي ذكر قول ابن رشد وأعبه بقول ابن بشير، وقد فرقوا بين الوصية المطلقة لا تبطل وبين الوكالة المطلقة تبطل على ما قاله ابن بشير ومن وافقه بفرق ذكرناها في الشرح، وكلام ابن رشد هو ظاهر فيما نسب إليه من صحة الوكالة المطلقة لا صريح، وفي كلام ابن عرفة ما يشعر بذلك، قف على كلام ابن عرفة بلفظه في الشرح: وعندني أن فيما نسب لابن رشد هنا نظر ولا سيما وقد خالفه من رأيت، والمتيطي يتبع

عند أهل البصر والمعرفة أو غير نظر، وليس مراده افعل ما شئت وإن كان سفهاً كما فهمه صاحب التوضيح (ثم قال ح): ويمكن أن يقال معنى قولهم: ويمضي النظر أي: ما فيه مصلحة تعود بتنمية المال لا التبرعات كالحق والهبة والصدقة إلا أن يقول: وكلتكم وكالة مفوضة وأذنت لك أن تفعل جميع ما تراه. وإن كان غير نظر أي ليس فيه مصلحة تعود بتنمية المال، وإن كان فيه مصلحة في نفس الأمر فتحمضي التبرعات، ولا يقال في هذه الأشياء: إنها سفه أو فساد إلا ما تفاحش من ذلك وخرج عن الحد ولم يكن فاعله من أهل اليقين والتوكل، فتأمله والله أعلم.

وذا له تقسيم من يراه بمثله أو بعض ما اقتضاه

ومن على مخصص وكل لم يقدم إلا إن به الجعل حكم

الإشارة إلى الوكيل المفوض له يعني أن الوكيل المفوض إليه له أن يوكل على مثل ما

ابن رشد كثيرًا، انظر النصوص في الشرح في المسألة والوصية المطلقة هي قول المختصر في الوصايا ووصي فقط يعم مثل وكلتكم أنت وكلتي كما في ابن عرفة غيرة. قوله (ثم قال ح الخ) حاصل هذا أن هذه الأمور المستثناة لا تمضي مطلقًا قال نظر أو غير نظر أم لا إلا إذا نص للوكيل على عينها، وهي في كلام المختصر مستثناة من مقدر دل عليه كلام المتن، والتقدير إلا أن يقول وغير نظر فيمضي فعله في كل شيء إلا الطلاق الخ. وقولنا: فيمضي الخ هذا مدلول الكلام ولذلك سبق قوله: إلا أن يقول الخ. وإذا كانت لا تمضي في هذا فأحرى في غيره وهو إذا لم يقل وغير نظر هذا هو تحقيق المسألة، ومضى غير النظم تكلم عليه ح، وحاصل ما حرره أنه إن أريد بغير النظر الإذن للوكيل في أن يفعل ما هو سفه عنده فهذا لا ينبغي التوقف في عدم جواره، وإن أريد به الإذن للوكيل فيما هو صواب عنده، وإن كان عند الناس سفهاً والوكيل رشيد فالجواز، وإن كان سفهاً فالمنع. وأما الضمان فمنتف مطلقًا عن الوكيل لأن رب المال أذن في ذلك له، وهذا هو الذي أراده ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب، بل هو المتبادر من قولهم مضى وإن كان لا يجوز ذلك ابتداء. قال: ويحتمل أن يحمل كلامهم على وجه آخر وهو أن الوكيل المفوض له لا يتبرع والأضمن إن فات ما تبرع به إلا إذا كان تبرعه يعود بتنمية المال كما تقدم في الشريك المتفاوض كان يضع الشيء اليسير للاستيلاف، وإذا ثبت هذا فقولهم يمضي النظر احتروا به من التبرع الذي لا يعود بنفع على المال فإنه لا يمضي إلا أن يقول وغير نظر فيمضي وإن كان لا نفع فيه للمال، وهذا التبرع غير سفه لانه أراد أن يتبرع بماله إلا إذا خرج عن الحد وتفاحش وصاحبه لا توكيل قوي عنده فيكون بسفيهاً، وعلى هذا فيكون هذا أمرًا جائزًا ابتداءً وماضيًا ولا إشكال، هذا زبدة كلام الخطاب ولا يأس به في الجملة، وما ذكره عن الوكيل المفوض له هو في المدونة والكافي، وربما يفهم من المتن، فإنه قال فيما تقدم وحجر على الرقيق إلا بإذن فوكيل مفوض، وله أن يضع ويؤخر ويضيف إن استألف فافهم، ولكن لا تفهم هذه الأمور على حقيقتها إلا إذا

وكل عليه أو على بعضه، وعلى ذلك تبه بالبيت الأول، وأما الوكيل المخصوص فليس له أن يوكل إلا إن جعل له ذلك، وعلى ذلك تبه بالبيت الثاني. قال المتيطي: وذكرنا في هذا النص أنه: إن أذن له أن يوكل عنه من شاء إلخ هو أحسن من إسقاط ذكره لاختلاف الشيوخ المتقدمين في ذلك، فمنهم من كان يقول: إذا وكله توكيلاً مفوضاً فله أن يوكل غيره وإن لم ينص عليه الموكل، ومنهم يقول: إذا وكله توكيلاً مفوضاً فله أن يوكل غيره وإن لم ينص عليه الموكل ومنهم من كان يقول: ليس للوكيل ذلك إلا أن ينص في توكيله على ذلك. قال بعض الشيوخ: ولا أحفظ في ذلك قولاً منصوباً لأحد من العلماء المتقدمين. (والأظهر أن له أن يوكل)، لأن الموكل قد أنزله منزله وجعله عوضاً فله أن يفعل ما كان لموكله أن يفعله هـ. وفي ابن سلمون: وللمفوض إليه أن يقدم من موكله غيره بمثل ذلك أو بما يقتضيه رأيه من معاني التفويض المذكورة، وقيل: ليس له أن يفعل ذلك حتى ينص له عليه. قال ابن رشد: ولا أعلم للمتقدمين في ذلك نصاً، واختلف أصحابنا المتأخرون في ذلك. والأظهر أن له أن يوكل وإن لم يجعل له الموكل ذلك. فمن أراد الخروج من الخلاف فليكتب في العقد ما نصه: وجعل له أن يفوض عنه إلى من شاء بمثل ذلك. أو بما شاء من الفصول المندرجة تحت عمومها، والعزل والتبديل ما أحب. وأما الوكيل المخصوص فليس له أن يوكل باتفاق إلا أن يجعل له ذلك الموكل هـ.

(تنبيه: استثنى) ابن الحاجب من الوكيل المخصوص مسألتين: الأولى: أن يكون الوكيل

وقفت على الشرح، وربما يظهر لك في كلام الخطاب نظر من كلام الناس وإن وقفت عليه، ونقل ذلك يطول بنا غاية وقف على تحقيق ما أشرنا إليه والله المعين، والمراد بالعبد هنا القائم بأمور سيده كما في ابن فرحون وغيره.

قوله: (والأظهر أن له أن يوكل إلخ) كلام ابن رشد هذا نقله المتيطي وغيره عن ابن رشد، ومن نسب للمتيطي أنه اختاره لم يصب في ذلك، وإنما نقله عن ابن رشد معبراً عنه ببعض الشيوخ على عادته في التعبير عن ابن رشد وخليل، قال في التوكيل على المعروف ولم أر هذه العبارة عند غيره، والخطاب قال: على ما رجحه ابن رشد وغيره ولم يبين هذا الغير. وفي البرزلي أنه نص على جواز هذا التونسي في السلم الثاني ولم ينقلوه وهو جدير بالنقل فافهم. وقال ابن ناجي في كتاب اللديان من المدونة ما نصه: جرى العمل عندنا أن الوكيل المفوض إليه لا يوكل ولا يحل عصمة للموكل ولا يبيع له ربما لأجل العرف وإلا فلا أصل دخولها إلخ. وهذه فائدة لم ينقلها شراح التحفة ولا المختصر. وقوله ربما ظاهره ولم يكن دار سكناه إلخ.

قوله: (تنبيه: استثنى إلخ) هنا هو قول المختصر عاطفاً على المتنوع ما نصه: وتوكيله إلا أن لا يلبق به أو يكثر إلخ. وربما يفهم من المختصر أن المفوض إليه يوكل من قوله قيمضي النظر إلخ، ولا شك أنه إذا وكل أمياً فربما يكون ذلك نظراً، ومن قوله: ولا الإقرار إن لم يفوض أو يجعل له.

لا يليق به تولّي الموكل فيه كمن وكل رجلاً شريعاً معروفاً بالجلالة على بيع ثوب أو دابة؛ لأنّ الوكيل لما كان لا يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة في إجازة توكيله غيره، فكان ذلك كالصريح بإجازة التوكيل. والثانية أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقلّ بها؛ لأنّه بالعادة قد اذن له في التوكيل انظر التوضيح. ومخصّص في البيت الثاني بفتح الصاد اسم مفعول نعتٌ لمحذوف أي وكلّ على شيء مخصص، والمخصّص له الموكل؛ والجعل بفتح الجيم فاعلٌ بفعلٍ يفسره حكم، فهو إما بمعنى اسم الفاعل أي: الجاعل وإما على حذف مضاف أي ذو الجعل، والمراد به الموكل على كلّ تقدير والله أعلم، ومعنى لم يقدم أي لم يوكل، ومعنى حكم به أي: جعل له أن يوكل له، وضمير به للتقديم المفهوم من قوله لم يقدم.

وما من التوكيل لاثنتين فما راد من المنوع عند العلمنا

يعني أنّ العلماء أي الفقهاء منعوا من توكيل وكيلين اثنين أو أكثر؛ لأنّ في ذلك ضرراً على الموكل عليه. قال المتطي: ولا يجوز لرجل ولا امرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد، ولا يجوز توكيل وكيلين أ هـ. وهذا في التوكيل على الخصومة، (وأما على بيع) أو شراء أو نكاح ونحوها فيجوز توكيل أكثر من واحد. وما مبتدأ موصول، ومن التوكيل يتعلّق بفعلٍ محذوف أي ما يقع صلة ما، ولانثني يتعلّق بتوكيل، وما عطفٌ على اثنين، وزاد صلة ما الثانية، ومن المنوع خبر ما الأولى وعند يتعلّق بالمنوع.

والنقص للإقرار والإنكار من توكيل الاختصاص بالردّ قمن

وحيث الإقرار أتى بمعزل عن الخصام فهو غير معمل

يعني أنّ التوكيل على الخصومة إذا لم يكن فيه الإقرار والإنكار أي لم يجعل الموكل للوكيل أن يقرّ عنه أو ينكر، وعن عدم فعل ذلك عبر بالنقص، فردّ الموكل عليه التوكيل؛ لما انتقص منه من الإقرار والإنكار. قال: لا أخاصمك حتّى يجعل لك الإقرار والإنكار، فإنّ ذلك التوكيل المنقوص منه ذلك حقيقٌ بأن يردّ؛ لما لخصمه في ذلك من الحق. وقمن بفتح القاف وكسر الميم أي حقيقٌ وهو خير النقص والإقرار، ومن توكيل يتعلّقان بالنقص، وكان المراد أنّ التوكيل على الخصام المنقوص منه الإقرار والإنكار إذا ردّه الخصم فهو حقيقٌ بأن يردّ، وأشار بذلك إلى قول المتطي: وقولنا في النقص وعلى الإقرار عليه والإنكار عنه هو ممّا لا بدّ منه ولا يتمّ التوكيل على المخاصمة إلّا به فإن لم يذكر فيه الإقرار والإنكار كان

قوله: (وأما على بيع إلخ) انظر عند قول المختصر ولأحد الوكيلين الاستبداد قولهم هنا: ولا يجوز توكيل وكيلين إلخ في الخصام أي كان الموكل واحداً أو متعدداً وكذا الموكل عليه، انظر الشرح.

لخصمه أن يضطره إلى التوكيل على هذين الفصلين هذا، هو القول المشهور للمعلوم، وبه جرى العمل عند القضاة والحكام أ هـ. وهذا هو قول ابن العطار وبه جرى العمل، فلذلك اعتمده الناطم، (وفي نوازل أصبغ خلافة) ثم قال ابن رشد: وقد نزلت فقضى فيها بأن لا يقبل إلا أن يحضر مع وكيله ليقر بما يوقف عليه خصمه أو يكون في وقت الحكم قريباً من مجلس القاضي أ هـ. (ابن عرفة) وفي نوازل أصبغ: وهي على الخصام فقط لا تشمل صلحاً ولا إقراراً ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا أن ينص موكله عليه. وفي التوضيح ولا خلاف أنه لا يكون للوكيل الإقرار إن نهاء موكله عنه، وأما إن أطلق الوكالة فالمعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الإقرار إذا لم يجعله إليه، ولو أقر

قوله: (وفي نوازل أصبغ إلخ) هذا ذكره ابن عرفة وغيره وسلموه، ولكل قال ابن الشقاق في نوازل الوكالات من المعيار لا يلزم الموكل بجعل الإقرار مخافة أن يرش الوكيل إلخ، فجعل ما في نوازل أصبغ لازماً لا يتعدى مع تميمه بكلام ابن رشد، وما أشرنا إليه في التعليل حسن غاية وبالغ في النصيحة النهائية، وقد شاهدنا من ذلك ما يعلمه الله تعالى، وأن الوكيل يغش الموكل بالكسر بأقل شيء يعطاه، ويجري مثل هذا في الإنكار لأنه قد يضمر الموكل، كمسألة وإن أنكر المطلوب المعاملة إلخ، ولكن إذا حضر الموكل بالكسر عند القاضي لا يتكلم إلا بالإقرار أو الإنكار لئلا يكون من مخاصمة اثنين، ولا يحيد عن هذا إلا من لم ينصف أو لم يجرب، ولا سيما إن كان الوكيل غير مير في الدين، ولا سيما إن كثرت تهمته وقويت فافهم هذا، مع أن في النوازل المذكورة ما يقي ما أشرنا إليه، وخطيل قال في هذا ولا الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل له وخصمه اضطراه إليه، وإن قال أقر عني بألف فإقرار، فقله إن لم يفوض له ومثل الإقرار الصلح فيجوز من المفوض إليه إن كان نظر إلا للمخصوص نص على هذا فضل وغيره وقف عليه في الشرح، وهذا يدخل في قول المتن: فيمضي النظر بلا شك، وأما إن نص له على الصلح فلا إشكال في الوكيلين، وللمخصوص مع النص على الصلح أخرى من المفوض بلا نص؛ وكذا الإقرار حرقاً بحرف، وأما قولهم هنا: ما أقر به على فلان فهو لازم لي إنه لا يلزمه إلخ هذا في الكافي ولكن قولهم: ما أقر به فلان هذا ليس فلان بوكيل أصلاً، وهذا الفرع يفهم من قول المختصر في الإقرار مشبهاً بما لا يلزم ما نصه: كان حلفه في غير الدعوى أو شهد فلان غير العدل، وبهذه المسألة شبه ابن عرفة التي في الكافي مستدلاً بها أي بما في الإقرار، وذلك يدل على أنهما من باب واحد، فإن قصد المصنف هذا فذلك من أغرب ما يكون من فطنته رضي الله تعالى عنه، وقد قال ابن لب في ثاني نازلة من نوازل الوكالات للمعيار ما نصه: موضع الخلاف هل إطلاق الوكالة على المخصوصة يقتضي الإقرار عليه كما يقتضي الإنكار أو لا يقتضي إلا الإنكار فقط إلا أن يشترط الإقرار هذا لفظه، وبه تعرف أن المصنف إنما يقصد الرد على المخالف، فلم يذكر جعل الإنكار من الموكل للوكيل وإن قرنه للتبطل وغيره بالإقرار، فافهم اختصار هذا التقاد في اختصاره وحسن اقتضائه وإن لم يذكر شراحه ومحشوه هذا، وقف على الشرح فيما يلزم فيه إقرار الوكيل وما لا.

لم يلزم. وروي عن مالك لزوم ما أقر به، وعلى الأول فقال ابن العطار وجماعة من الأندلسيين وغيرهم: إن من حق الخصم أن لا يخاصم الوكيل حتى يجعل له الإقرار. قال في البيان: ونزلت عندنا ففضى فيها بأنه لا تقبل منه الوكالة إلا أن يحضر الموكل مع وكيله في وقت الحكم أو يكون قريباً من مجلس القاضي، وأما إن جعل له الإقرار ففي التنطية يلزمه ما أقر به الوكيل. قال في الكافي: وبه جرى العمل عندنا. وزعم ابن خويزمند أن تحصيل المذهب أنه لا يلزمه إقراره. قال في الكافي: وهذا غير المقوض. قال: وأتفق العلماء فيمن قال: ما أقر به عليّ فلان فهو لازم لي أن لا يلزمه. واختلف أصحاب الشافعي إذا قال الموكل لوكيله: أقر عني فلان بألف هل يكون ذلك إقراراً بالألف لفلان أو لا؟ واختار المازري أنه إقراره. وقد اشتمل ألبت الأول على مسألة وهي أن نقص الإقرار والإنكار من وكالة الخصم يوجب رد الوكالة، وقد تقدم ذلك في كلام التنطية، وفي قول التوضيح. وعلى الأول فقال ابن العطار إلى قوله من مجلس القاضي: وفهم من قوله توكيل الاختصاص أن الوكالة المفوضة لا ترد بعدم النصّ على الإقرار والإنكار بل إن نصّ عليه فلا إشكال، وإن سكت عنه شمله التضييع وصحّ إقرار الوكيل عن موكله. واشتمل البت الثاني على مسألة أخرى وهي أن وكالة الخصم إذا لم يذكر فيها الإقرار ثم أقر الوكيل فإن إقراره لا يلزم الموكل، وقد تقدم هذا في كلام ابن عرفة، وفي قول صاحب التوضيح. وأما إن أطلق الوكالة إلى قوله ما أقر به وإذا لم يصحّ الإقرار حيث لم ينصّ عليه فأحرى إن نهاه عنه كما تقدم في أول كلام التوضيح.

(ومن على خصومة معينة) توكيله فالطول لن يوهنه

وقول الناظم: (ومن على خصومة معينة إلخ) حاصل ما في التحفة وشروحها أنه إذا وكله على خصومة معينة وشرع في الخصام وطال الأمر فالوكيل باق على وكالته، وإن طال الأمر قبل الشروع في الخصام في هذه الوكالة المعينة فإن كان الموكل حاضراً سأل القاضي أهو باق على وكالته أم لا؟ وإن غاب فالوكيل على وكالته، وهذا هو الذي يدل عليه كلام المقصد للمحمود، وما نقوله من الشاطبي هنا في الطول قبل الشروع أنه مبطل إما هو حيث لم يقع إسهاد بقبول الوكالة، تأمله تمجده كذلك، وإن وكله على الخصام عنه هكذا من غير تعيين خصومة بينهما وشرع في خصومة وأتمها ثم أراد أن يشرع في غيرها مع الخصم الذي خاصمه أو غيره، فإن مضي بين التوكيل وإرادة الشروع في الثانية نحو ستة أشهر لم يكن له ذلك وإلا شرع في الثانية بلا توكيل، هذا الذي دلّ عليه كلامهم، لكن في ابن شاس ما نصّه: الركن الرابع الصيغة الدالة على معنى التوكيل أو ما يقوم مقامها في الدلالة عليه ثم لا بدّ من القبول، فإن وقع على الفور فلا خفاء بصحة العقد، وإن تراخى بالزمن الطويل فقال الإمام أبو عبد الله: قد يخرج عندي على الروابيتين في قول الرجل لزوجه: اختاري، أو قوله: أمرك يملك فقامت من المجلس ولم تختري، ثم قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والمؤائد هل المراد في هذه الألفاظ استدعاء الجواب

يعني أنّ من وكلّ على الخصام في شيء معيّن ثمّ طال الزمان قبل كمال تلك الخصومة سواءً ابتدأها ثمّ حصل الطول أو حصل قبل ابتدائها فإنّ للوكيل تمام تلك الخصومة، ولا يوهن توكيله أو يضعفه ذلك الطول. ففي مسائل ابن حبيب قال سحنون فيمن وكلّ على خصومة فلم يقم الوكيل بذلك إلاّ بعد سنين إمّا أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم يتعرض لشيء ثمّ قام يطلب تلك الوكالة القديمة فقال: يبعث القاضي إلى الموكل يسأل أهو على وكالته أم خلعه؟ فإن كان غائباً فالوكيل على وكالته. قال الشّارح: ويأتي بعد هذا ما يشهد لهذا. ومن موصولة مبتدأ وجملة توكيله على خصومة في المبتدأ، والخبر صلة من وجملة فالطول لن يوهنه خبر من.

وإن يكن قدّم للمخاصمة وتمّ ما أراد مع من خاصمه
ورام أن ينشئ أخرى فله ذلك إذا أطلق من وكلّه
ولم يجز عليه (نصف عام) من زمن التوكيل للخصام

يعني أنّ من قدّم أي وكلّ على الخصومة فخاصمه وتمّ خصامه ثمّ أراد أن ينشئ خصومة أخرى عن موكله الأوّل فله ذلك بشرطين: أحدهما: أن تكون وكالة مطلقاً غير مقيدة بخصومة بعينها، وعلى ذلك أنّه بقوله إذا أطلق من وكلّه الثاني: أن لا يبعد ما بين التوكيل والخصومة الثانية بسنة أشهر فأكثر، وعلى ذلك أنّه بقوله ولم يجز عليه نصف

بداراً فإن تأخر سقط حكم الخطاب، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤجلاً اهـ. بلفظه. واختصره ابن الحاجب مسلماً له، وقال في التوضيح: الصيغة مثل وكلتك وأنت وكيل وما يقوم مقامهما من قول أو فعل كقوله: تصرف في هذا وكإشارة الأخرس، ثم قال: قال ابن عبد السلام: قد يفرق بين الوكالة والتخير لأن الموكل له عزل وكيله، وأما الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازماً له، فلذلك قيد خيارها بالقرب وسقط بطول المجلس على أحد القولين خليل، وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض وإلاّ فلا فرق إلخ. وقال ابن بشير: لا تكفي الكتابة في الوكالة للقادر على النطق على المشهور. وفي الخائب قولان ويلزم القبول عقب القراءة على القول بالفورية إلخ. وانظر قوله: لا يكفي إلخ. وفي ابن بشير تفصيل في القبول تركته لأنني رأيته للغزالي في وجيزه، وكلام الخطاب هنا فيه شيء، وانظر ابن الناطم وهذا الشارح اقتصر على كلام المقصد المحمود، ولم يشير لما قاله الإمام الرازي ومن تبعه من ذكر الخلاف لا سيما وقد قال والتحقيق إلخ. وما أشار إليه بتعين المصير إليه، إذ العوائد في أمثال هذا لا يحد عنها أصلاً، والعوائد في هذا الباب هي المتبعة، انظر الشرح عند قول المختصر بما يدل عرفاً، وعند قوله: وتخصّص وتقيّد بالعرف إلى آخر تلك المسائل. وقول الناطم: (نصف عام) الذي في النص نحو ستة أشهر كما في ابن الناطم وغيره. وقال القرافي في ذخيرته ما نصّه: ولو قال وكلتك لمخاصمة خصم جاز وإن لم يعينه لأن للمخاصمة لا تعلم غايتها فاعتبر جنسها خاصة اهـ. فافهم.

عام... إلخ قال في المقصد للحمود: وإن كانت الوكالة مبهمة، للوكيل أن يخاصم عنه في قضية أخرى يحدثان القضية الأولى، وليس ذلك في قضية مفسرة بمطالبة فلان، ولا في المبهمة إذا طال الزمان نحو ستة أشهر، وأما إذا اتصل الخصام فيها فله التكلم عنه وإن طال الأمد ا هـ. وسئل الإمام أبو إسحاق الشاطبي عن قامة وكالة عن غائب بعد نحو ثلاثين سنة ولم يكن أشهد بقبول الوكالة وقد تعلق الآن لولد القائم بالوكالة حق في مال الغائب فأجاب: بأن عدم الإشهاد بقبول الوكالة مع تركه النظر فيما وكل عليه الثلاثين سنة ونحوها مما يدل على أنه لم يقبلها ولا النصف إلى قبولها فلا يصح الآن القيام بها إلا بتجديد وكالة أخرى من الموكل الغائب، أو ينظر القاضي في ذلك فيقدم للنظر في مال الغائب من يرتضيه، ولا حجة له من دعوى عدم العلم بالوكالة حتى الآن إذا كان حاضراً بالبلد الذي وكل فيه؛ لأنه يدعي ما لا يشبه؛ ولأنه يتهم حين تعلق لابنه حق في مال الغائب ا هـ.

فرع: مما يدخل في الإطلاق في التوكيل قيام الوكيل عند من شاء من القضاة بخلاف ما إذا خصه بقاضي بعينه، ونص على ذلك الموثقون. قال ابن قنبر: وإذا وكله على الخصام عند حاكم بعينه قد صرح باسمه فليس له أن يخاصم عند غيره إذا لم يكن التوكيل مجملاً، وإذا كان التوكيل مجملاً ولم يذكر فيه عند حاكم كذا فله أن ينظر عنه حيث شاء ا هـ.

وموت من وكل أو وكيل بيت ما كان من التوكيل
وليس من وكله موكل بموت من وكله ينعزل
والمنعزل للوكيل والموكل منه يحق بوفاء الأول

(اشتمل كل بيت من الأبيات الثلاثة) على مسألة، فمسألة البيت الأول: هي أن من وكل وكيلاً فمات الموكل والوكيل فإن التوكيل يبطل بموت الموكل؛ لأن الحق انتقل لغيره من الورثة ولا إشكال في بطلانه بموت الوكيل؛ إذ ليست الوكالة حقاً للوكيل فتورث عنه. ومسألة البيت الثاني: هي أن من وكل وكيلاً فوكل الوكيل وكيلاً آخر من تحته لكون الموكل جعل له ذلك، أو كان وكيلاً مفوضاً فمات الوكيل الأول فإن الوكيل الثاني لا ينزل بموت

قوله: (اشتمل كل بيت من الأبيات الثلاثة إلخ) كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفاً على ما يمنع ما نصّه: وتوكيله إلا أن لا يليق به أو يكثر فلا ينعزل الثاني بعزل الأول، وقال أيضاً: وانعزل بموت موكله وإن علم وإلا فتأويلان وفي عزله بعزله ولم يعلم خلاف، فقوله فلا ينعزل إلخ وإذا كان هذا في التوكيل بالعرف فأحرى إذا كان صراحة، وكان من حق شراح النسخة أن ينهوا على هذا مع أنهم إما نصوا على من وكل بتصريح من الموكل. وقوله وانعزل إلخ هذا فيه خلاف قوي، ولكن الراجح هو الاعتماد على علم الوكيل إن علم بعزله أو موت موكله عزل وإلا فلا في الموت والعزل، فالراجح علر الوكيل هنا بالجهل، ولا فرق في هذا بين مفوض إليه من

الوكيل الأول، لأن الثاني وكيل عن الموكل أيضاً كالأول لا عن الثاني، ف «من» قوله وليس من وكله واقعة على الوكيل الثاني ومن الثانية واقعة على الوكيل الأول. ومسألة البيت الثالث هي أن من وكل وكيلاً فوكل الوكيل وكيلاً آخر من تحته ثم مات الموكل فإن الوكيلين معاً يتعزلان، فهي كالثانية إلا أن الميت في الثانية هو الوكيل الأول والميت في الثالثة هو الموكل والله أعلم. قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من أمر رجلاً يشتري له سلعة ولم يدفع له ثمنها أو دفعه إليه واشتراها الوكيل بعد موت الأمر ولم يعلم بموته أو اشتراها ثم مات الأمر فذلك لازم للورثة، إلا أن يشتريها وهو يعلم بموت الأمر فلا يلزم الورثة ذلك وعليه غرم الثمن؛ لأن وكالته قد انفسخت. وقاله مالك فيمن له وكيل يبذل يجهز إليه المتاع: إن ما باع أو اشترى بعد موت الأمر ولم يعلم بموته فهو لازم للورثة، وما باع أو اشترى بعد علمه بموته لم يلزمهم؛ لأن وكالته قد انفسخت. ثم قال: إلا أن يموت عندما أشرف الوكيل على تمام الخصومة، ويحيث لو أراد الميت فسخ وكالته ويخاصم هو أو يوكل غيره لم يكن له ذلك فحيث لا تنفسخ وكالته يموت الأمر، قال: وما كان من يمين يحلفها الأمر حلفها الورثة إن كان فيهم من بلغه علم ذلك أ هـ. وهذا فقه موت الموكل وهو أحد طرفي المسألة الأولى. وقال المازري ما معناه: إذا وكل الوكيل في الموضع الذي يصح له التوكيل ثم مات الوكيل الأول، فلا يظهر أن الوكيل الثاني لا يتعزل بموت الأول بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت من وكله؛ لأن الوكيل الأول إذا وكل رجلاً بإذن رب المال فكان رب المال وكله وناب عنه هو في هذا، فيكون تصرف هذا الوكيل الثاني فيما يكون فيه تصرف الوكيل الأول لازماً لرب المال كتصرف رب المال نفسه أ هـ. وهذا فقه موت الوكيل الأول من العتية. قال يحيى عن ابن وهب: وإذا مات الوكيل فليس ولده بمشأته. أ هـ. وهذا فقه موت الوكيل. وإن الوكالة تنفسخ أيضاً وهو الطرف الثاني للمسألة الأولى. ولم ينقل الشارح على فسخ وكالة الوكيل الأول والثاني بموت الموكل فقهاً صريحاً، ولكنه ظاهر مما تقدم من فسخها بموت الموكل إذ ظاهره كان الوكيل واحداً أو متعدداً بسببه: توكيل الوكيل وكيلاً آخر من تحته.

وما لمن حضر في الجدل ثلاث مرات من انعزال
إلا لعذر مرضي أو لسفر ومثله موكل ذاك حضر

(اشتمل البيتان) على مسألتين: إحداهما: الوكيل إذا جالس خصمه عند القاضي ثلاثاً

غيره، هذا الذي خلصناه في الشرح وقف على حسن صنيع المختصر في اختصاره لهذا، وانظر في الشرح إذا عزل الوكيل وقد أقر عليه عند قول المتن: ولا الإقرار إن لم يفوض له إلخ. وكذا عند قول المختصر: وفي عزله بعزله إلخ: وقول الناظم هنا فيه إطلاق إذ ظاهر قوله: وليس من وكله إلخ حتى في الوكيل المتعدي بالتوكيل وليس كذلك.

فأكثر فليس لموكله عزله ولا له هو أن يعزل نفسه، وينحلّ من التوكيل لما يلحق خصمه في ذلك من الضرر إلا لعذر يحدث للوكيل من مرض أو سفر فيعزل إذ ذاك. وعلى هذا نبّه بالبيت الأول وشطر الثاني. الثانية: أنّ صاحب الحقّ إذا قاعد خصمه ثلاث مرّات أي فأكثر ثمّ أراد أن يوكل فليس له ذلك أيضاً، وعلى ذلك نبّه بقوله: ومثله موكلّ ذاك خصمّ وسماه

قوله: (اشتمل البيتان إلخ) قال خليل في هذا ما نصّه: وواحد في خصومة وإن كره خصمه إلّا إن قاعد خصمه ثلاثاً إلّا لعذر وليس له حيثلّ عزله ولا له عزل نفسه، فقوله ثلاث من غير واحد كصاحب المنتخب وغيره ممّن يكثر عدّ على عدم التحديد بثلاث، فعبارة الكافي: وإذا شرع المتخاصمان في المناظرة بين يدي الحاكم لم يكن لأحدهما أن يوكل غيره لأنه عند مالك ضرب من اللدد إلّا أن يخاف من خصمه استطالة يسبب أو نحوه، فيجوز له حيثلّ أن يوكل من يناظر عنه اهـ. بلفظه. وكذا ابن شاس لم يذكر تحديداً، وكذا ابن الحاجب وابن عات عبر بقوله: إن انتشب الخصام بينهما فلا عزل ولا فرق بين المفوض إليه من غيره، ونقله ابن عرفة وسلمه، والمقاعدة مع الخصم فيها حق للخصم وهي إذا تعلق بها حق للخصم لا محل وربما يفهم هذا من التوضيح وغيره، وعبارة المازري كعبارة ابن عات كما في المجالس قاتلاً: فسرّه بعض المؤثّقين بالمقاعدة ثلاثاً والتحديد بالثلاث إلّا رأبناه لابن رشد وأتباعه كالمطيّعي وابن عرفة وابن سلمون مع ابن رشد، قال في المقدمات: فليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلّا من عذر، هذا هو المشهور في المذهب ووقع لاصبغ، وفي ابن سلمون أيضاً: إذا ظهر الحكم قبل الثلاث فلا عزل.

وقال ابن عرفة بعد كلام التيطي المقيّد بالثلاث ما نصّه: ولاصبغ في الواضحة، إن قاعدة المقاعدة تثبت فيها الحجج لم يكن له عزله، ومثله في أحكام ابن زياد، ولاصبغ أيضاً ما يدلّ على أن عزله ما لم يشرف على تمام الحكم إلخ. وقال في التوضيح على قول ابن الحاجب: ومهما شرع في الخصومة فلا يعزل ما نصّه ظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل، وقال اللخمي وابن شاس وفي المقدمات إلخ ما رأته، وصاحب المختصر قال ثلاث: وكأنّه أتى بالكاف ليشير إلى أن المراد مظنة اللدد هو المانع من التوكيل من غير حصر في خصوص الثلاث، ولا شك المقاعدة الواحدة قد يطول الكلام فيها فتكون ممزلة بمقاعدتين لم يطل فيهما الكلام فالمدار على مظنة اللدد مع ظهور القرائن، وهذا هو التحقيق بدليل ما رأته إن تأملته، وكان من صرح بخصوص الثلاث ظهر له أن الثلاث هي مظنة اللدد، وهذا هو اللائق بقطع النزاع في الجملة فافهم، فإن القاضي يتحير في أمثال هذه الأمور والناس لهم شح مطاع في حقوقهم، ولا تستسهل أمثال هذه الأمور فإنّه إن أقيم للعدل على القاضي في أقل من هذا بجراحيل يفرق غرقاً لا نظير له، وقول المصنف إلّا لعذر يشمل ما ذكره شروح التحفة والمختصر قال في المنتخب قال سحنون: فلو أن رجلاً خاصم رجلاً عند قاض ونظر بينهما ثم حلف أحدهما لا يخاصم صاحبه وأراد أن يوكل فليس له ذلك إلّا أن يكون له عذر مثل أن يكون شتمه وما أشبه ذلك وهو مالك، قال ابن القاسم: وأنا أرى أنه إن مرض أو أراد سفراً وغزواً أو حجاً ولم يكن ذلك منه لئلا بصاحبه ولا قطعاً له في خصومته رأيت له أن يستخلف إلخ وهذا منه بلفظه وهو ظاهر غاية في كون الثلاث

موكلاً بالكسر باعتبار المآل وهذا ما لم يرض الموكّل عليه بعزل الوكيل في الأولى وبالتوكيل في الثانية فله ذلك. قال المتطي: وللموكّل عزل الوكيل ما لم ينشأ الخصومة فإن كان الوكيل قد نارع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرّات فأكثر لم يكن له عزله. قال: وفي المكان الذي لا يكون للموكّل أن يعزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحلّ عنه إذا قبل الوكالة قال: وإن خاصم الرّجل عن نفسه وقاعد خصمه أيضاً ثلاث منجاس وانعقدت المقالات بينهما لم يكن له بعد ذلك أن يوكل خصماً يتكلّم عنه إذا منعه صاحبه من ذلك، إلا أن يرض أو يريد سفره، ويؤمّن ذلك ولا يمنع الخصمان من السفر، ولا من أرادهما ويكون له أن يوكل عنه عند ذلك. قال محمد بن أحمد القطان: ويلزمه في السفر اليمين أنّه ما استعمل السفر ليوكّل غيره فإن نكل عن اليمين لم يبح له توكيل غيره إلا أن يشاء خصمه. وقال محمد بن عمر بن الفخار لا يمين عليه اهـ. وما نافية، ومن موصولة واقعة على الوكيل، وجملة حضر صلة من، وانعزال مبتدأ جرّ بمن الزائدة، والجارّ والمجرور وهو لمن حضر خبر انعزال، ووكل بالكسر مبتدأ، وذاك حضر صفة، وهو المسوخ، ومثله خبر مقدّم، والإشارة لقاعدة الخصم ثلاث مرّات.

ومن له موكّلٌ وعزله لخصمه إن شاء أن يوكله

يعني أنّ من وكلّ وكيلاً ثمّ عزله حيث يجوز له فأراد خصمه أن يوكل ذلك الوكيل المزعول فإنّ ذلك له ولا حجة لمن عزله أن يقول: إنّّه قد أطلع على خصومتي وعلم كنه

لا تعتبر كما في كلام الكافي المتقدم وقد رأيته، وقد أشرنا لكلام المتخبر هذا، وقال المتطي ما نصّه: فرع فإن ظهر من الوكيل تفريط أو ميل مع خصمه أو غش ليبطل بذلك حق موكله أو مرض فللموكّل عزله إذا ثبت ذلك لأنها ضرورة إلخ. وهذا العزل للغش ونحوه مطلق كان ذلك بعد المقاعدة ثلاثاً أو قبل ذلك، مع أن المحتاج إليه على قول من حدد بثلاث هو بعد ثلاث، وأما قبل ذلك فله أن يعزله مطلقاً، وقد نقلنا هذا في الشرح عن ابن فرحون وغيره، ولذلك رأيت في قول المختصر إلّا لعذر بعيد قوله: لا إن قاعد إلخ فله در المصنف في اختصاره، ولا فرق في الغش ونحوه بين أن تكون الوكالة بأجر أم لا كما في ابن فرحون أيضاً، وكل ما تقدم من أسباب العزل دخل في قوله إلّا لعذر كما أشرنا إليه أولاً، وما قيل في عدم انعزال الوكيل وعزله يقال في انعزال الموكل إذا خاصم وعنده بالعكس كما أشرنا إليه هنا وهو في كلامهم ابن رشد وغيره، ولكن انعزال الوكيل قبل ثلاث إنما هو حيث تكون الوكالة بلا أجر وحيث لا يتعلق بها حق للتغير، وقد قال في المختصر: وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلّا لم تلزم تردد، انظر الشرح هناك إن أردت تحقيق ذلك، ففي كلام المختصر في ذلك صعوبة انظر الشرح هنا ولا بد ولا بدّ، فهذه أمور يحتاج إليها غاية، وقول المختصر: وحلف في كسر يدخل فيه الحج والغزو لانهما قد يكونا من غير سفر في العرف، وحلفه إنما هو تحقيق الدعوى عليه أنّه أراد السفر ليوكّل، وأما

حجتي فلا يتوكل عليّ. (قال في الاستغناء: من عزل وكيله) فأراد خصمه تركيله فأبى الأول وذلك لما أطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فإنه لا يقبل قوله وله أن يركله إن شاء الله.

وكل من على مبيع وكلا كان له القبض إذا ما أغفلا

يعني أنّ من وكل وكيلاً على بيع شيء فباعه فإنّ للوكيل مطالبة المشتري بدفعه الثمن سواء نصّ له الموكل على قبض الثمن أو لم ينصّ له عليه، وعلى ذلك أنّه بقوله إذا ما أغفلا فما رائدته وفهم من قوله إذا ما أغفلا أنّ له أن يقبض إذا نصّ عليه من باب أولى وهو كذلك. قال المتطبي: وليس للوكيل أن ينتهي من وكالته إلى أكثر مما جعله إليه موكله بإفصاح أو تبين إلاّ الأمور بالبيع فله قبض الثمن فإن لم يقبض الثمن ضمنه إن مات مبتاع ذلك الشيء. (قال ابن فنّوح): ومن وكل على بيع سلعة ولم يوكل على قبض الثمن فإنّ للوكيل قبضه دون توكيل الله. قال الشارح: ومما يشبه قبض ثمن المبيع للوكيل على البيع قبض المبيع للوكيل على الشراء. وظاهر إطلاقاتهم لا فرق بينهما. وفي ابن الحاجب: ويملك الوكيل على المطالبة بالثمن وقبضه وقبض المبيع والردّ بالعيب قال في التوضيح: يعني أنّ التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة بالثمن وقبض الثمن، ولذلك لم يكن له أن يسلم المبيع وهو لم يقبض ثمنه، وهذا مقيّد بما إذا لم تكن العادة الترك فقد نصّ أبو عمران على أنّه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإنّ المشتري لا يبرأ

إنّ انهم فيجري على إيمان التهم، وما اعترض به ابن الفخار على ابن المطار لا يظهر، وكلام ابن الناطم في ذلك رأيته.

قوله: (قال في الاستغناء من عزل وكيله إلخ) لم أقف الآن في هذا الفرع إلاّ على ما في التحفة وفي القلب من ذلك شيء

قوله: (قال ابن فنّوح إلخ) هذه المسائل قال فيها في المختصر: بل حتى يفوض، ثم قال: أو يعين بنص أو قرينة وتخصّص وتقيد بالعرف فلا يعده إلاّ على بيع، فله طلب الثمن وقبضه، أو اشتراه فله قبض المبيع ورد المبيع إن لم يعينه موكله، ومثل العرف القرينة فإنها تقيد وتخصّص كالعرف، وأحرى قول الموكل بالكسر ولا إشكال في ذلك، وقوله فلا بعده إلخ هو راجع إلى قوله: أو يعين بنص أو قرينة لا لقوله: وتخصّص إلخ، وبيننا وجه ذلك في الشرح. وقوله: فله طلب إلخ أي وله عدم الطلب ولكن يغرم فإذا رضي بالغرم وهو ملي بذلك فأي مانع يمنعه من ذلك لأنه يكون له غرض في مسامحة من عامله لضعفه مثلاً، وبه يسقط الاعتراض عليه، وليس هذا من حقوق الله تعالى التي لا يصح إسقاطها مع أنّه تابع في هذا التعبير لغیره، وقد نقلنا كلام الناس في الشرح، وقال ابن فرحون في تبصرته: الوكيل على بيع العقار لا يقبض لأن العادة جارية بعدم قبضه للثمن إلاّ بتوكيل خاص على قبضه إلاّ أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن

بالدفع إليه . وقوله وقبض المبيع أي والوكالة على الشراء تستلزم قبض ما اشتراه ، وتستلزم الرد بالعيب . ولهذا قال ابن الهندي: كل من نص له في الوكالة على شيء فلا يتعداه إلا هنا ، وأما لو وكله على البيع وصرح بأن لا يقبض الثمن فلا يكون له القبض وقوله والرد بالعيب يريد ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه ، ودل على ذلك قوله: فإن علم بالعيب كان له أي كان المبيع للوكيل ولا يردّه إلا أن يكون العيب يسيراً أو في شرائه غبطةً ونظرٌ فيلزم الموكل صحّ وآخره بالمعنى وقوله على مبيع أي على بيع مبيع أي بيع ما يباع .

(وغائب ينوب في القيام) عنه أب وابن وفي الخصام

وجائز إثبات غير الاجنبي لمن يغيب واختصاصه أبي

يعني أن الغائب إذا ظهر له حق كظهور دابة أو عبد سرق له أو أخذ شيء من ماله أو أحدث عليه ضرر في داره مثلاً ، أو أرضه ولم يترك وكيلًا يقوم بأموره ، فإنه يجوز لأبيه أو ابنه أن يقوم عنه ، ويخاصم عنه وعلى ذلك نبّه بالبيت الأول فقوله وفي الخصام عطف على

متولي البيع يتولى القبض ، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن إلخ . وذكر في التوضيح على كلام ابن الحاجب الذي هو ككلام المختصر ما نصّه: وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترتيبية فقد نصّ أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه إلخ ، وهذا صحيح لأن المدار على العادة والعادة جرت في الرباع بعدم قبض الثمن وفي غيره قبضه ، ولو انعكس الحال لانعكس الحكم بدليل ما رأيت من كلام ابن فرحون وغيره وهو أمر ظاهر لا غبار عليه أصلاً . وقد قال الفشتالي هنا: علة قبض الثمن هو تسليم المبيع ، السنة هو تناجز الثمن والمثمن ، فلو بيع لأجل فقال بعضهم لا يقبض الوكيل إلا بوكالة مستأنفة وكلهم يحومون على العادة إلخ ، وما قاله يدل له قول صاحب المعيار في نوازل المعاوزات ما نصّه: سئل السرقسطي عن دلالة باع لرجل أسبانياً بالنسيئة ثم إن الرجل قبض لنفسه من الغرماء معظم الثمن وتبقى له منه بقية فطلب المرأة الدلالة بقبضها ، فأجاب يرجع فيما ذكر إلى عادة الناس ، فإن كانت أن البائع يقبض لنفسه لم يكن على الدلالة أن تقبض له إلا أن شاءت يرضاهما ولها الأجرة على القبض إن شاءت ، وإن كانت العادة أن الدلالة هي التي تقبض وتأخذ الأجرة على البيع والقبض كان القبض عليها اهـ . ولفظه . وقد تحصل من هذا كله أن المدار على العادة في الوكيل والسمسار وإن كان هو وكيلاً في الجملة غير أن السمسار إنما هو لإشهار المبيع ومضى البيع للمالك ، ولا فرق بين كون البيع لأجل أو لا ، وما ذكرناه هنا في الرد بالعيب انظره في الشرح فإن فيه طولاً وقف على ردّ اعتراض ابن عرفة على ابن الحاجب وغيره هنا في الشرح في كون الوكيل على الشراء يقبض المبيع فإن ما قاله ابن الحاجب هو الصحيح وهو الذي في المختصر .

وقول الناظم: (وغائب ينوب في القيام إلخ) هذا صوّبه ابن رشد ، والمسألة فيها خلاف كثير

القيام، وأما غير الأب والابن فإن كان أجنبيًا فلا كلام له ولا يمكن من القيام، ولا من الخصام، وإن كان غير أجنبي يمكن من القيام والإثبات ولا يمكن من الخصام، وعلى ذلك نبه بالبيت الثاني فظاهر البيتين أن هذا قول واحد بالتفصيل بين القريب جدًا وهو الأب في مال ابنه والابن في مال أبيه، والقريب لأحد، وبين الأجنبي، وكذا قرره الشارح قائلًا: الأصل أن لا ينوب أحد عن أحد إلا باستخلافه إياه واستنابته له إلا أنهم استثنوا من ذلك قيام الأب عن ابنه وقيام الابن عن أبيه من غير استخلاف أحدهما للآخر. وإنما ذلك للخصوصية التي اقتضتها نسبة الأبوة من البنوة ونسبة البنوة من الأبوة، فلذلك أنزل أحدهما للآخر منزلة الوكيل وإن لم يوجد منه النص على توكيله فأباحوا لكل واحد منهما القيام عن صاحبه، ولما كان من سواهما من الأقارب لا توجد فيه هذه الخصوصية، أباحوا له إثبات حق الغائب خيفة ضياعه بموت من يشهد له أو بغيته، ولكونه لا ضرر عليه في إثبات حقه له، ومنعوا من الخصومة وما أشبهها لعدم فوت ذلك عليه ولا نقاء المضرة الداخلة عليه من قبل من يختصم عنه ممن يمكن أن لا يكون استوفى حجه اهـ يعرض اختصار. ثم حاب الشارح كلام العتبية وابن رشد قائلًا: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه، تعالب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون الوكيل وكذلك الأب فيما ادعى لابنه. (وقال في الواضحة): إن ذلك في الأب أيمن منه في الابن. ولم يرو ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة، ويمكن من إقامة البيعة وإثبات الحق لا أكثر. ثم قال: والصواب أن الأب والابن يمكنان من الإثبات والخصومة عن الغائب، ومن عداهما من القرابة لا يمكنون إلا من الإثبات لا غير، ولا يمكنون من الخصومة. وظاهر الرواية أن الأجنبي لا يمكن من شيء اهـ. والذي في التوضيح قبل باب العدالة متصلًا به إذا قام عن الغائب محتسب في شيء تسور فيه على الغائب، أو أخذ له، أو في عيب أحدث عليه في داره أو أرضه فهل يمكن القاضي هذا القائم من مخاصمة ذلك للمتعتلي أم لا؟ خمسة أقوال: أحدها: أنه لا يمكن من ذلك إلا الأب والابن ومن له قرابة قريبة، ثم إذا مكته من المخاصمة فلا يخرج الملك من يد حائزه، ولا يزيل العيب الذي أحدث لاحتمال أن يقر به الغائب أو يقر أنه أعلم بما أحدث، وإنما يشهد بذلك خوفًا من موت الشهود ثم ينظر الغائب، ولو أقر من بيده العقار أو غيره أنه لغائب أخرجه عنه وجعله بيد ثقة، ويقطع العيب إن اعترف بإحداثه. وثانيها: أنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي قاله ابن القاسم

وكلام طويل نقلناه على قول المختصر آخر كتاب القضاء، وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد، وما صوبه ابن رشد لنا مما رأيناه من كلام الناس، ولكن هذا الخلاف في غير ما إذا كان القائم له حق فيما قام فيه، وإما إن كان له حق فله القيام ومنه قول هذا الشارح: يستثنى الخ، ولكن هي أمور كثيرة وتحتاج إلى تحير فقف عليها في الشرح واختصارها لم يأت لنا لكثرة الكلام في ذلك وتقييده بأمور وهي فوائد جلية.

أيضاً، وزهد سحنون: إلى أن القاضي يوكل عن الغائب وهو أحد قولي ابن الماجشون، وقاله أصبغ. وثالثها: أنه يمكن من إقامة البيّنة ولا يمكن من الخصومة، ورابعها: أنه لا يمكن من إقامة البيّنة ولا من الخصومة إلا بتوكيل الغائب قاله ابن الماجشون ومطرف في الواضحة، خامسها: أن القريب والأجنبي يمكن من الخصومة في العبد والدابة والثوب دون توكيل، لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب، ولا يمكن من الخصومة في غير ذلك إلا الأب والابن، حكاها ابن حبيب ومطرف. وعلى القول بالتمكين فهل هذا في القريب والبعيد، أو في البعيد خاصة؟ قولان قال سحنون: في القريب الغيبة دون بعيدها، وقيل: في البعيد، وهو الظاهر من رواية أشهب، وقول ابن الماجشون هـ. وفي مختصر الشيخ خليل، وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد.

فسيه: يستثنى من هذا الخلاف مسالتان: الأولى من تعلق به ضمان مال الغائب المدعى فيه كالمتعير والمرتهن إذا كان الشيء مما يغاب عليه، فإن لهذا المستعير والمرتهن المخاصمة والدعوى، وإثبات ملك الغائب وتسلمه. الثانية: من أراد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئاً له في ذمة المالك الغائب وذلك المرتهن، له أن يثبت ملك الرأهن لبيعه، ويستوفي منه حقه. وزوجة الغائب وغرماءه يثبتون ما له لبيع لهم ويستوفوا حقهم، وما عدا هذين الوجهين هو محل الخلاف المتقدم. راجع الخطاب آخر باب القضاء.

فرع: إذا ثبت حق الغائب فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار؟ أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته وإن نكل أو نكلوا رجع عليه؟ ذكر البرزلي في ذلك قولين. قال الخطاب: ويأتي الكلام على ذلك عند قول المؤلف في باب الشهادة: وإن قال أبرأني موكلك الغائب. إلخ، وكذلك إذا أردت اليمين على الموكل وهو غائب. قال ابن رشد: الذي أراه أن يؤخذ حميل بالثمن من الذي وجبت عليه اليمين ابتداءً إلى أن يكتب للغائب الذي ردّت عليه اليمين في الموضع الذي هو به فيحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها من الخطاب في الموضع المذكور.

فصل في تداعي الموكل والوكيل

(وإن وكيل ادعى إقباض من) وكله ما حاز فهو مؤتمن
مع طول مدّة وإن يكن مضى شهراً يصدق مع يمين تقتضى

فصل في تداعي الموكل والوكيل

قول الناظم: (وإن وكيل ادعى إقباض من إلخ) طول الناظم في هذه المسألة مع كون

وإن يكن بالفسور الإنكار له فالقول مع حلف لمن وكله

ذكر في هذه الآيات والخمس بعدها حكم ما إذا أقر الوكيل قبض ما وكل على قبضه أو قبض ثمن ما وكل على بيعه، وادعى أنه دفع لموكله ما قبض له، وأنكر الموكل وزعم أنه لم يعطه شيئاً وأنه باق تحت يد الوكيل، فحكى المؤلف في ذلك أربعة أقوال: الأول منها ما ذكره في هذه الآيات وهو أنه إن كان تداعيهما بعد طول المدة من زمن قبض الوكيل كالعام ونحوه (فالقول قول الأمانة تقتضي أن يكون. فالحق قول، وقصر المدة يوجب للموكل حقاً فوجب له عليه اليمين، وإن كان التداعي بالقرب كالأشهر ونحوه فالقول قوله لكن مع يمينه. قال الشارح: لأن شهادة الأمانة تقتضي أن يكون. فالحق قوله، وقصر المدة يوجب للموكل حقاً فوجب له عليه اليمين، وإن كان التداعي بالقرب) فلا قول للوكيل بل للموكل مع

مقصوده في نظمه هو بيان ما به العمل بالقطر الأندلسي، واقتصر في المختصر على قوله وصدق أي الوكيل في الرد كالمدود فلا يؤخر للإشهاد اهـ. والذي خصناه في الشرح هو كلام المختصر وهو تصديقه في الرد على الإطلاق من غير قيد إن لم يقبض بالإشهاد للتوق وإلا فلا يصدق في الرد إلا ببينة، ولا بد من يمينه حيث يصلق طال الزمان أم لا، مات الموكل وزعم أنه دفع له قبل موته أو لم يمت، كان مفوضاً إليه أم لا، ولكن القول يعلم اليمين مع الطول قوي لا سيما إن كان الوكيل ظاهر الأمانة، ولا فرق هنا بين ما قبضه الوكيل من غير الموكل بأمرة كقبض ثمن مبيع وكل على بيعه وبين ما دفعه الموكل له ليشتري به مثلاً فلم يشتري وادعى رده للموكل ولذلك قال في التهذيب ما نصه: والوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله، فإن ادعى رد ما أودعه أو سلمه إليه ليشتري له أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان صدق مع يمينه هذا لفظه. وفي أنقال شرح التحفة غير ما ذكره في المدونة أيضاً فلا تطيل بجلبه. قوله: (فالقول قول الوكيل من غير يمين إلخ) الراجع هو اليمين حتى مع الطول، ولكن هذا قول قوي كما تقدمت الإشارة إلى هذا، فقول السناظم: وقيل إن القول للوكيل إلخ هذا هو الراجع وهو مذهب المدونة كما في التوضيح وغيره وهو قول مالك، وأصل ذلك لابن رشد، وكلام الناظم فيه بحث فلا تعمله لا سيما في هذه الأزمنة المتأخرة التي قلت فيها أمانة الناس، فما قال فيه هو المشهور لا يظهر ذلك، انظر كلام الناس في الشرح. قوله: (وإن كان التداعي بالقرب إلخ) عبارة ابن عرفة في هذا: وإن مات بحدثان قبضه كان في ماله وبعده ما فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه. وفي المفيد: إن أقر الوكيل والزوج عند سفرهما أو مرضهما أو دون ذلك بيقام ذلك بأيديهما ثم اختلفا بعد ذلك أو بعد الصحة أو القدم لكلف الوكيل البينة على الدفع وإلا حلف الآخر وغرم، وهذا قول ابن حبيب وهو أحسن قوليه لأن بإقراره صار كالدين، ثم ذكر عن ابن الماجشون أن الزوج كالوكيل، وإذا مرض الوكيل أو أراد سفره فاشهد على نفسه بالقبض ولم يدفع فهذا إشهاد يدخله في ذمته فلا يبرأ إلا ببينة كالمدود عنده إلخ، تأمله هل هو الملعب أم لا وتبهره. وفي نقل ابن الناظم معللاً المسألة ما نصه بمنزلة ما إذا ادعى بحضرة ما قبض المال أنه قد دفع وأنكر صاحبه حلف صاحب

يعينه، لأن قبض الوكيل محقق إما بإقرار أو بينة، (فالوكيل مدع براءة ذمته) بعد ثبوت عمارتها ولم يقع من التراخي في الزمان ما يشهد ببراءة ذمته. قال ابن أبي رمنين: قال عبد الملك: وسالت مطرقاً عن الرجل يوكل على التقاضي أو على قبض شيء بعينه أو على بيع شيء بعينه أو على الخصومة، أو الوكيل المفوض إليه الذي تؤخذ منه البراءات بما دفع إليه من الديون وما حكم له باسم صاحبه، فاختلف هذا والذي وكله، فقال الموكل: هات ما قبضت لي، وقال: الوكيل قد برئت إليك به، فقال لي: سمعت مالكا يقول: الوكيل على هذه الأوجه التي ذكرت ضامن بمنزلة إذا ادعى بحضرة ما قبض المال أنه قد دفعه، وأنكر صاحب حلف - صاحب الحق - بالله ما قبضت وأغرمة الوكيل، وذلك إذا كان بحضرة ذلك وقر به بالأيام اليسيرة، أما إن تباعد ذلك مثل الشهر ونحوه فالقول قول الوكيل في الدفع يمينه يحلف ويبرأ، أو إن طال ذلك جداً لم يكن على الوكيل يمين وكان بريئاً ولم يضره ما كتب عليه من البراءة إليه بذلك؛ لأن البراءة وإن كانت منه والدفع وإن كان إليه، إنما البراءة على الذي وكله، والدفع كأنه إليه حين ثبت أنه وكيله وأنه في كل ما قبض أو دفع أو أقر أو جحد بمنزلة كنفه فلا إشهاد ولا براءة على الوكلاء بدفع ما دفعوا إلى الذين وكلهم بما قبضوا لهم وجري بأيديهم. فقله: وإن كان فاعل بفعل محذوف يفسره ادعى، وإقباض مصدر أقبض أضيف للمفعول الأول وهو من، وما حار مفعول ثان، وفاعل حاز للوكيل. وجملة فهو مؤمن جواب إن، ومع يتعلق بمؤتمن، وجملة تقتضي صفة ليمين والإنكار اسم بالفور خبرها، وجملة فالقول لمن وكله جواب إن يكن ومع حلف حال للقول والله أعلم.

وقيل إن القول للوكيل مع اليمين دون ما تفصيل

هذا هو القول الثاني في المسألة وهو أن القول قول الوكيل مع يمينه مطلقاً أي من غير تفصيل بين طول المدة وقصرها، وهذا هو مذهب المدونة، ونص سماع ابن القاسم في العتية، وإليه أشار الشيخ خليل بقوله: وصدق في الرد كالمدع فالأولى للنظام تقديمه على

الحق بالله ما قبضت وأغرمة الوكيل، وكذلك إن كان بحضرة ذلك وقر به بالأيام اليسيرة، وأما إن تباعد ذلك مثل الشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه في الدفع ويبرأ، وإن طال ذلك جداً لم يكن على الوكيل يمين إلخ، لكن لا بد من اعتبار قرائن الأحوال في مسألة ما يكون فيه القول للموكل في مسألة القرب، فإن الدفع قد يمكن في اليوم الذي قبض وقد لا يمكن في أكثر. وعبرة التوضيح: لو مات الوكيل أو الزوج بحدثان القبض كان ذلك في مال القابض إذا ثبت القبض وجهل الدفع وإن مات القابض بعد زمان إلخ. وانظر الشرح ولا بد ولا بد إن كان يغلب على الظن أو يجزم به أنه لا يمكن القبض عادة فالوكيل ضامن مع يمين الموكل وإلا فيحلف الوكيل ويبرأ هذا الذي يتبين والعلم عند الله تعالى. قوله: (فالوكيل مدع براءة ذمته إلخ) الوكيل لم تعمر ذمته

قول مطرف الذي بدأ به ابن يونس: قال ابن القاسم في العتبية وغيرها في الوكيل المفوض إليه أو المخصوص أو الزوج يوكّلون على قبض حقّ فيدعون أنّهم قبضوه ودفعوه إلى من وكلّهم أنّهم مصدّقون في ذلك كلّهم مع إيمانهم كالمودع يقول: رددت الوديعة وينكرها. وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم: خلافاً لمطرف وابن حبيب ابن عرفة: وفيها والوكيل مبيعٌ مصدّق في دفع ثمنه للأمر.

وقيل إن أنكر بعد حين فهو مصدّق بلا يمين
وإن يمرّ الزمان القليل فمع يمين قوله مقبول
وقيل بل يختصّ بالمفوض إليه ذا الحكم لفرق مقتضى
ومن له وكالة معينة يفرم إلا أن يقسيم البيّنة

ذكر في هذه الآيات بقية الأقوال الأربعة وهو الثالث والرابع. فالثالث: التفصيل أيضاً بين أن يطول الزمان فالقول قول الوكيل بلا يمين، وعن طوله عبر بالحين والحين يطلق على السنة وقوله تعالى: ﴿فَوْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ يُأْذَنُ بِهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥]. وكذا تقدّم في القول الأوّل، وأن المراد بالطول السنة ونحوها، وبين أن يكون ذلك بالقرب فالقول للوكيل مع يمينه. وبقي من التقسيم المذكور في القول الأوّل حكم ما إذا قام بالفور ولعلّ القول في ذلك أيضاً للوكيل، وكذا يظهر من كلام بعض من شرحه. فأنّه قال: إن كان الإنكار بحضرة ذلك أو بقرينه بالأيام السيرة صدق الوكيل من يمينه. اهـ. وبهذا يفتقر هذا القول مع الأوّل، فإنّ الأوّل إن أقيم فيه بالفور فالقول للموكل كما تقدّم. القول الرابع: إنّ هذا الحكم المذكور في القول الثالث إنّما هو في الوكيل المفوض إليه، وأمّا الوكالة التي عين فيها الأمر الموكل عليه فأنّه يفرم ولا يقبل قوله إلا أن يقسم البيّنة على الردّ للموكل، وقوله: «الفرق مقتضى»، قال الشارح: هو - والله أعلم - ظهور الوثوق من الموكل بأمانة المفوض إليه دون ظهور ذلك من الموكل للوكيل المخصوص ابن عرفة. وفيها والوكيل على بيع مصدّق في دفع ثمنه للأمر؛ لأنّه أمينه. ابن رشد: في قبول قول الوكيل مع حلفه أنّه دفع لموكله ما أمره بقضه من مبيع أو غريم مطلقاً وإن كان بعد شهرٍ ونحوه إن طال لم يحلف، ثالثها: إن كان بالقرب يسير الأيام أحلفه وإن طال لم يحلف، ورابعها: الوكيل على معين غارم مطلقاً والمفوض إليه يحلف في القرب لا في البعد لسماع ابن القاسم معها ورواية مطرف وقول ابن عبد الحكم مع ابن الماجشون وأصيح اهـ. فقوله ذا الحكم ذا اسم إشارة فاعلٌ يبيّن، والحكم نعت له، وبالمفوض يتعلّق يبيّن، وكذا الفرق وقوله: ومن له

فما يظهر لأنّ ذمته خالية باعتبار الأصل ولو ثبت قبضه لأن قبضه على وجه الامانة، وعبرة ابن الناطم تقرب من هذا، ولكن مسألة الموت تأتي وهي قول الناطم: وموت روج الخ.

وكالة معيته البيت هو تصريح بمفهوم قوله يختص بالمقوض إليه. وأما غيره فيغرم إلا أن يقيم البيّنة.

والزّوج للزّوجة كالموكل فيما من القبض لما باعت يلي

يعني أنّ الزّوج للزّوجة كالوكيل فإذا باعت شيئاً وقبض الزّوج ثمنه أو قبض لها ديناً ثم تنازعا فادّعت أنّه لم يدفع لها ما قبض وادّعى هو أنّه دفع لها ذلك فإنّه يجري على الحكم المتقدم في الوكيل من كون النزاع بعد طول المدة أو بالقرب أو بالفور أجره على ما تقدّم. قال ابن أبي رمتين في منتخبه إثر ما تقدّم عنه في شرح الآيات الثلاث، وكذا الزّوج (فيما باع لامراته بإذنها) إذا ادّعت أنّها لم تقبض ذلك منه وادّعى أنّه قد برئ بدفع ذلك إليها. وقال ابن عرفة: وفي حمل الزّوج في بيعه وشرائه لزوجه على الوكالة وإن لم تثبت أو حتى يثبت هليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى. قال الشّارح: يظهر أنّ الوكالة إما أن تكون بالنصّ ولا إشكال وإما أن تكون بمقتضى العادة كالزّوج مع زوجته وكالابن مع أبيه وهو دليل سماع ابن القاسم في الزّوجة وصحة العقيد على أخته البكر إذا أجازها الأب، وإباحة الخاصة لكل واحد من الأب والابن عن صاحبه.

وموت زوج أو وكيل إن عرض من غير دفع ما بتحقيق قبض

من ماله يأخذ ذاك قوائم بالفور والعكس لعكس لازم

يعني إذا قبض الزّوج ثمن ما باعت زوجته أو قبض ديناً لها على غيره أو قبض الوكيل

قوله: (فيما باع لامراته بإذنها إلخ) هذه وكالة لأنّ إذنها للزوج في البيع وكالة بلا شك، والشارح حلّ النظم بقوله: فإذا باعت شيئاً وقبض الزوج ثم استدل بما فيه توكيل وهذا تخليط وهو تابع لابن النّاطم، ولكن ما في ابن النّاطم أخف والنّاطم قال: والزوج للزّوجة كالموكل فيما من القبض لما باعت يلي فيما من القبض لما باعت يلي وأنها هي البائعة، فكيف يستدل بكلام المنتخب الذي باع فيه الزوج بإذنها؟ فشروح التحفة لم يسوقوا للنظم دليلاً باعتبار كلام المنتخب، نعم ما ساقوه من كلام ابن عرفة صحيح، وفي المفيد دفع الزّوجة بلا وكالة كدفع الوكيل للموكل إلخ. ولكن في مسألة الزوج على ما كتبتاه عند قول المختصر بما يدل عليه عرفاً، ولكن يجب أن يراعى حال الزوج مع زوجته، فإنه إذا كان بينهما مشادة فليس هو كالوكيل لها، وكذلك إذا جرت العادة بأنه ليس كالوكيل، والحاصل ملار هذه الأمور على العوائد فيراعى عرف كل بلد والقارئ الدالة على التوكيل وعدم ذلك، ولا يكفي في هذه المسألة الإطلاق أنه كوكيل، وانظر في المحل المذكور الأخ مع أخته، وعبرة ابن عرفة في الزوج ما نصّه: وفي حمل الزوج في بيعه وشرائه للزّوجة على الوكالة إن تثبت أو حتى يثبت دليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان، وسماع عبد

ذلك من موكله ثم مات القابض من زوج أو وكيل ولم يحقق براءة ذمته مما قبض، فإما أن يكون موته قريباً من قبضه لما قبض، أو بعد المدة الطويلة، فإن كان بعد المدة الطويلة فلا شيء للزوجة قبل ورثة الزوج، ولا للموكل قبل ورثة الوكيل، وغاية ما تتوجه عليهم البمين أنهم لا يعلمون أنه بقي قبل موروثهم من الحق الذي ادعى عليه شيء، وإن مات الزوج أو الوكيل بالقرب فيؤخذ ذلك من أموالهما إذا عرف القبض وجهل الدفع، والمرأة والموكل يدعيان عدم الدفع. قال ابن أبي زمنين: «قال مطرف: «فإن مات الزوج والوكيل بحدثان ما جرى على أيديهما مما ذكرناه فذلك كله في أموالهما إذا كان قد عرف القبض وجهل الدفع، والمرأة والموكل يدعيان ذلك وما كان من موتهما بغير حدثانه، وما يمكن فيه المخرج والقضاء والدفع فلا شيء في أموالهما، وإن لم يعرف الدفع ولم يذكر. ابن عرفة: وإن مات الوكيل بحدثان قبضه كان في ماله ويعدّه مما يمكن فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه اهـ. وسئل الامتاز أبو سعيد بن لب عن امرأة توفي والدها وتولّى زوجها قبض ميراثها منه، ثم توفي زوجها فأثبتت أنّ ما قبض زوجها من متروك والدها أدخله في مصالحه ولم يمكنها من شيء منه، فأجاب: إذا ثبت أنّ ما قبض لم يمكنها من شيء منه فلا إشكال، وإن لم تثبت ذلك وإنما تعلقت بالقبض خاصة فإن كان الزوج قبض بإذن الزوجة ومات بحدثان القبض فذلك لازم لتركته بعد بين القضاء، وإن كان ذلك بغير حدثانه بل بعد شهر ونحوه فيحمل الأمر على أنّه قد دفع ما قبض، وإن كان القبض تعدياً منه ونجاسراً على مال الزوجة وتحاملاً فذلك لازم لماله ولتركته بعد بين القضاء. انتهى.

باب الصلح وما يتعلق به

(ابن عرفة: الصلح انتقال) عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. وقول ابن رشد: هو قبض شيء عن عوض يدخل فيه محض البيع وهو من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمة وكراهته لاستلزام مفسدة

الملك في كتاب الدعوى اهـ. ولعل هذا الاختلاف للعوائد، وقد قال في الجواهر ما نصّه: الشرط الثاني أن يكون ما به التوكيل معلوماً في الجملة ويستوي في كونه منصوباً عليه أو داخلاً تحت عموم اللفظ، أو معلوماً بالقرائن أو بالعادة إلخ، وهذا منه بلفظه: فانظر قوله أو معلوماً إلخ فإنه حسن غاية، والقرع الذي ساقه هذا الشارح آخر هذا الباب عن ابن لب تبعاً لابن النازم في مسألة الزوجة التي قبض زوجها ميراثها يدل على ما ذكرناه أن الزوج ليس كالوكيل بالإطلاق، بل يتعين في بعض الأوقات والمحال أنه متعد.

باب الصلح وما يتعلق به

قوله: (ابن عرفة: الصلح انتقال إلخ) هذا الرسم أو الحد فيه بحث فقّف على الشرح يظهر

واجبة الذرة أو راجحة الرصاص: قوله عن حق أو دعوى الأول الصلح على الإقرار، والثاني على الإنكار ويعوض يتعلق بانتقال وخروج الانتقال بغير عوض، وقوله لرفع نزاع يخرج به بيع الدين وما شابهه، وقوله أو خوف وقوعه يدخل فيه الصلح عن المحجور وما شابهه.

الصلح جائز بالاتفاق لكنه ليس على الإطلاق
وهو كمثل البيع في الإقرار كذلك للجماهرة في الإنكار
فجائز في البيع جار مطلقا فيه وما اتقى يعا يتقى
كالصلح بالفسقة أو بالذهب تفاضلا أو بتأخير أبي

أخبر أن الصلح جائز وأن جواره متفق عليه عند العلماء. التوضيح: الصلح مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو خلاف الفساد، والصلح يذكر ويؤنث، وقد اصطلاحا واصطلاحا وتصالحا. (وروى) الترمذي وحسنه أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» (٤٩). ١ هـ ببعض اختصار. والمراد بالجائز - والله أعلم - الجواز الأعم الشامل للواجب والمندوب، والمباح، والمكروه، وقوله: لكنه ليس على الإطلاق أي لكن جواره ليس على الإطلاق أي في كل صورة صورة وفي وجه وجه بل هو جائز في الجملة ومنه ما هو غير جائز. ثم بين وجه ذلك وهو أن الصلح كالبيع والبيع منه ما هو جائز ومنه ما هو ممنوع فكل ذلك الصلح، فلذلك أتى بالقاء في قوله: فجائز أي فما جاز في البيع جاز في الصلح وما امتنع في البيع امتنع في الصلح، وعلى ذلك أنه بقوله: وهو كمثل البيع. البيتين، فقوله جاز فيه أي في الصلح، وما اتقى يسعا أي في البيع يتقى في الصلح، والكاف الداخلة على مثل راللة على حد «ليس كمثله شيء» [الشورى: ١١] وكون الصلح كالبيع فيما يحل ويحرم وهو المتفق عليه إن كان الصلح على

لك الحق في التالفة، ويتبين لك أن قول المختصر الصلح بيع إلخ على بابه إلا أنه كالبيع بل هو بيع حقيقة، وعلى المنافع إجارة حقيقة لا كالإجارة، قف على الشرح ففيه الشفاء وقوائد حسان لا توجد في غيره إن شاء الله تعالى، وإنما لم أنقل ذلك خشية الطويل الممل مع كون الناظم لم

(٤٩) [حديث حسن]: أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، وأحمد في المسند (٣٦٦/٢)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٩١)، والدارقطني في سننه (٢٨٦٨)، والطبراني في الكبير (٢٢/١٧)، والحاكم في المستدرک (٤٩/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦٣/٦)، ٦٥ كلهم من طريق أبو هريرة، وله شاهد أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦٤/٦)، وحسنه الشيخ الألباني في الإرواء (١٤٢٠)، ونبه على أنه من حديث أبي هريرة وليس فيه إلا صلحا.

الإقرار، وأمّا على الإنكار فكذلك عند الجمهور خلافاً لأشهب، وعلى هذا نبّه الناظم بقوله وهو كمثّل البيع. البيت، وقوله: كالصلح بالفضة أو بالذهب البيت هو تمثيل لبعض ما شمله قوله: وما اتقى بيعاً يتقى. قال في المفيد: وأتفق العلماء على جواز الصلح على الإقرار والإنكار إذا كان على طوع من المتصلحين لا يدخله إكراه والصلح كالبيع فما يجوز في البيع جاز في الصلح، وما امتنع في البيع امتنع في الصلح. ١ هـ. وفي ابن الحاجب: الصلح معاوضة كالبيع وإبراء وإسقاط. التوضيح عن ابن عبد السلام: «المعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه إمّا في الجنس أو في الصفة، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة إذا كان المدعى فيه غير معين، والإسقاط وضع بعض المدعى فيه للمعين كدار أخذ بعضها هـ. وذكر في كلام ابن الحاجب هذه احتمالات آخر. وفي الجواهر: الصلح عن الدين كبيع الدين وإن صالح عن بعضه فهو إبراء من البعض، ولو صالح من حال إلى مؤجل مثله أو أقل جاز ولا يجوز على أكثر منه، وإن صالح عن مؤجل على حال بعضه وإسقاط بعضه لم يجز، وبالجمله فهذا القسم من الصلح بيع وحكمه حكم البيع في المعين كان أو في الدين، ويقدر المدعى به والمقبوض كالعوضين فيما يجوز بينهما وما يمنع، وتنعى الجهالة والغرر وواحد باتين من جنس إلى أجل والوضع على التمجيل وغيره مما يشبه هـ. وهذا كله مندرج في قوله: فجاز في البيع البيت، وأشار بقوله كالصلح بالفضة إلى أنّه كما يمنع أن يبيع فضة مصوغة بفضة مسكوكة أكثر منها أو ذهب (مسكوكاً) بذهب مصوغ أكثر منه فكذلك يمنع الصلح عن أحدهما بجنسه أكثر منه أو أقل ولو يدا بيد لقوات المماثلة المشتركة في الجنس الواحد وكذلك يمنع الصلح عن أحدهما بالآخر كذهب بفضة، وبالعكس نسيئة، (ولو مثلاً بمثل) لقوات المناجزة، وأمّا أخذ الفضة عن فضة قدرها، أو ذهب عن ذهب قدره، ولو نسيئة، فجاز لأنّ هذا اقتضاء دين لا صلح. فقوله: كالصلح بالفضة أي عن الفضة أيضاً، لكن تفاضلاً، وقوله: أو بالذهب أي عن الذهب أيضاً متفاضلاً. قوله أو بتأخير أي الصلح عن الفضة بالذهب، أو العكس من غير يد بيد. وكذا الصلح عن أحدهما بجنسه غير يد بيد، لا على وجه القضاء من الدين، وقد نقل المواق في قول الشيخ خليل: وجاز عن دين بما يباع به فروعاً خمسة، عن ابن يونس في بيع الدين. وقد نقلنا عنه في فصل بيع الدين. فلذلك لم نعهده هنا ابن الحاجب: الصلح عن الدين كبيع الدين، ويقدر الدين، والمقبوض كالعوضين فيعتبر: (ضع وتمجّل)، وحق الضمان وأزديك، وبيع الدين بالدين التوضيح: عطف قوله: فيعتبر ضع «بالقاء» لأنّه كالنتيجة عمّا قبله، وضع وتمجّل

يتعرض لشيء من ذلك. قوله: (مسكوكاً إلخ) لا خصوصية للمسكوك لكن التفاضل في الفضة أو في الذهب بالذهب كان في المنع كانا مسكوكين معاً أو أحدهما، أو لا سكة فيها أصلاً، وهذا بين وهو ظاهر النظر، وكذا إذا وجد التأخير هنا ولو بين فضة وذهب فالمنع مطلقاً. قوله: (ولو مثلاً بمثل إلخ) فيه شيء لا يخفّك. قوله: (ضع وتمجّل) يكون في العين. وقوله: (وخط

يكون في العين وغيره، كما لو ادعى عليه بعشرة دراهم، أو عشرة أثواب إلى شهر فأقر بذلك، ثم صالحه على ثمانية نقداً، (وحطّ الضمان، وأزيدك) إنما يكون في غير العين كما ادعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر، فصالحه على اثني عشر نقداً، وإن صالحه عنها بدنانير مؤجلة، أو دراهم مؤجلة لم يجز؛ لأنه فسخ دين في دين. وهذا معنى قوله: ويبيع الدين بالدين، وكذلك يعتبر الصّرف المؤخر كما لو صالحه على دنانير مؤجلة بدراهم، أو بالعكس، وكذلك يعتبر بيع الطعام قبل قبضه فلا يجوز لمن ادعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره، وكذلك يعتبر معرفة ما يصالح عنه، فإن كان مجهولاً لم يجز. ولذلك اشترط في المدونة في صلح الولد للزوجة على إرثها معرفتها لجميع التركة، وحضور أمصافها، وحضور من عليه العرض، وإقراره، وإلا لم يجز، وكان المصنف عبّر بالموانع الثلاثة على ما عداها هـ. وقد جمع بعض الشيوخ هذه الموانع التي تتقّى في بيع الدين بقوله:

جهلاً وفسخاً ونساً وحطّ ضمّ والبيع قبل القبض إن صالحت دع

أي إن صالحت فدع أي أترك الجهل وما عطف عليه، وهو فسخ الدين في الدين، وربما النساء أي التأخر في الصّرف مثلاً، وحطّ الضمان وأزيدك وضع وتعجل، وبيع الطعام قبل قبضه.

(فرعان: الأول: اختلف في الصلح) عن ترك القيام بالعيب فابن القاسم يرى أنه مباحة بعد فسخ الأول، يعتبر ما يحل ويحرم من بيع وسلف وفسخ دين وأشهب يرى البيع الأول باقياً وهذا عوض عن الإسقاط، فيعتبر ما يحل ويحرم من سلف جرّ منفعة وفسخ دين انظر ما ينبي على القولين في ابن الحاجب في التوضيح أول باب الصلح الثاني ما تقدم

الضمان وأزيدك إنما يكون في غير العين. قال ابن يونس: إنما يكون ضمّ وتعجل في الجنس الواحد لا في الجنسين، وأما حطّ الضمان وأزيدك فيدخل في الجنس والجنسين فيما لا يجب له تعجيله هـ. بلفظه. ونقلنا هذا على مسألة الفرس آخر بيوت الأجل، ولكن انظر هذا عند قول المختصر: وقضاء قرض إلخ وضع وتعجل يعمل به في البيع والسلف وحطّ الضمان وأزيدك إنما يعمل به في البيع بشرط أن يكون ذلك في العروض، وصاحب التوضيح إنما جعل منع ضمّ وتعجل وحطّ الضمان وأزيدك في الجنس الواحد وهذا هو الذي نعرفه، وكلام ابن يونس في حطّ الضمان وأزيدك لم أفهمه، وقد قلنا على ما في التوضيح تقريباً ما نصّه: علل بضع في بيعنا والسلف كالبيع للعرض بحط تقتضي منعهما وقد خصصوا بما أئخذ في الجنس لا في الغير فافهم ما ورد.

قوله: (فرعان: الأول اختلف في الصلح إلخ) انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الاستحقاق لا إن صالح عن عيب بآخر يظهر لك السحر الحلال والماء الزلال في هذه المسألة

من جوار الصلح على الإنكار هو على الجملة، وإلا فلجوازه شروطه، فشروطه عند مالك ثلاثة: وهو أن يجور على دعوى المدعي، وعلى إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم، وابن القاسم يشترط الأولين فقط. وأصيب يشترط شرطاً واحداً: وهو أن لا تتفق دعواهما على فساد. (انظر بيان ذلك في التوضيح).

والصلح بالمطعوم في المطعوم نسيئة ردّ على العموم
والوضع من دين على التعجيل أو المزيد فيه للتأجيل
والجمع في الصلح لبيع وسلف وما أبان غسراً بهذا اتصف
والصلح بالطعام قبل القبض من ذمة فذاك غير مرضي
وإن يكن يقبض من أمانة فحالة الجوار مستبانه

جميع ما اشتملت عليه الأبيات الخمس، هو مما اندرج في قوله: قبل: وهو كمثل البيع، إلى أن قال: فجائز في البيع جار مطلقاً فيه وما اتقي بيعاً يتقى وقد اشتملت على مسائل: الأولى - من لك عليه طعام من قرض، أو وديعة، أو هبة فصالحته بطعام آخر إلى أجل، فإن ذلك لا يجوز؛ (لأنه طعام بطعام) إلى أجل، وفسخ دين في دين، وأما لو كان الطعام الذي لك على الغريم من بيع فلا يجوز أن تأخذ عنه غيره، لا طعاماً ولا غيره لا نقداً ولا إلى أجل؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وفسخ دين في دين، قال ابن أبي رمة في منتخبه: قال ابن عبد الحكم: ومالت مطرقة وابن الماجشون عن الصلح يقع بما لا يجوز التبائع به. مثل الرجل يدعي على الرجل شعيراً، فيصالحه بقمح إلى أجل فقال: لا يجوز

العريضة. قوله: (انظر بيان ذلك في التوضيح) مثال ما هو جائز على الأوجه الثلاثة أن يدعي عليه بدنيار حال فينكره فيصالحه على ثوب نقداً فهو جائز على دعوى المدعي، وعلى دعوى المدعي عليه، وعلى ظاهر الحكم، ومثال ما يجور على دعوى المدعي عليه أن يدعي عليه المدعي بعشرة دنانير موزعة فيصالحه على ثلاثين درهماً حالة لأن المدعي عليه يقول: اغتيت من يميني، وعلى دعوى المدعي لا يجوز لأنه صرف مستأخر أقر به المدعي، ومثال ما يجوز على دعوتهما، وظاهر الحكم بأباهما إذا ادعى عليه عشرة دنانير حالة فصالحه على تأخيرها شهراً فالمدعي يقول: أخرت فأحسن، والمدعي عليه يقول: اغتيت من يميني، وظاهر الحكم فيه سلف جر نفعاً لأن التأخير سلف، والنفع خوف المدعي حلف المدعي عليه فيذهب المال أصلاً، ومثال ما لا يجوز بالكلية أن يدعي عليه طعاماً من بيع وعشرة دنانير فيقول بالدنانير فيصالحه على دراهم مؤخرة أو على دنانير أكثر للسلف بزيادة والصرف المستأخر أو يقر بالطعام فيصالحه على طعام أكثر موزعاً إلخ. قوله: (لأنه طعام بطعام إلخ) ظاهره ولو كان وسقاً بوسق مع اختلاف الصفة كما يأتي في

الصِّلَح بما ذكرت؛ لأنه حرامٌ صراحٌ، والصِّلَح به مفسوخٌ إن عثر عليه قبل أن يفوت، فإن فات قبل الفسخ؛ صَحَّ بالقيمة على قباضه، كما يصحُّ البيع الحرام إذا فات، ثم يرجع على صاحبه في دعواه الأولى، إلا أن يصلحاً صلحاً آخر بما يجوز به الصِّلَح اهـ، ومفهوم قول ابن أبي رمتين: فصالحه بقمح إلى أجلٍ أنه لو صالحه بقمح عجله له جاز وهو كذلك، لكن إن كان كمثل الشعير في الكيل، وهذا أيضاً إذا كان الشعير ترتب من قرض، أو هبة، أو وديعة، أو نحوها، وأما إن ترتب من شراء، (فإن قلنا المخالفة في الصنف كالمخالفة في الجنس) كم يجزى، لأنه يبيع الطعام قبل قبضه، وإن قلنا: ليس كالمخالف في الجنس جاز والله أعلم. وتذكر قوله في بيع الأجل، وهل غير صنف طعامه كقمح وشعير مخالف، أو لا ترد؟ وإلى هذا الفرع أشار بالبيت الأول فقلوه: نسيئة حال من الطعوم الأول، وفي الداخلة على المعلوم الثاني بمعنى عن، وجملة ردّ خبر الصِّلَح، ومعنى قوله: على العموم أي سواء كان من جنسين، كقول مؤخر عن قمح، أو جنس واحد وصنف واحد، كقمح مؤخر عن قمح القدر، كقمح مؤخر عن شعير، أو من جنس واحد وصنف واحد، كقمح مؤخر عن قمح أقل منه أو أكثر، فهذه الوجوه ممنوعة في البيع، فمتنع في الصِّلَح أيضاً، فالمتنع في الوجه الأول والثاني للنساء فقط، وفي الثالث للفضل والنساء معاً، وأما أخذ قمح مثلاً مؤخر عن قمح بمائتي لأوك في الصفة والقدر، فليس بصلح وإنما هو اقتضاء بعد تأجيل. المسألة الثانية: الوضع من الدين على تعجيله. كان يكون الدين عشرة إلى شهر، فيقول: أعطني ثمانية نقداً. فهذا ممنوع في البيع، وكذلك في الصِّلَح، ولعله لا فرق بينهما إلا في تسميته بيعاً أو صلحاً، ووجه منعه أن من عجل ما لم يجب عليه يعدّ سلفاً، فقد سلف الآن ثمانية ليقضي من نفسه عشرة عند الأجل، فهو سلف جرّ نفعاً، وكذلك تأخير الدين للزيادة فيه، كمن كان لك عليه عشرة حلت، فأخرته شهراً مثلاً ليعطيك أحد عشر، لأن من أخر ما وجب له عدّ سلفاً، فقد سلف ليتنفع، وإلى هذين الوجهين أشار بقوله: والوضع من دين البيت قال في المقيد: والذي لا يجوز الصِّلَح فيه الرجل يكون له قبل الرجل حق إلى أجل، فصالحه على أن يدفع إليه بعضه قبل انقضاء الأجل، ويحيط عنه بعضه فهذا لا يجوز اهـ. وفي الرسالة: وكان ربا الجاهلية في الدين إما أن يقضيه، وإما أن يربي له فيه، ثم قال: ولا تجوز الوضعية من الدين على تعجيله، ولا التأخير به على الزيادة فيه، وإلى هذا الفرع أشار بالبيت الثاني. المسألة الثالثة: الجمع بين البيع والسلف. فكما يمتنع في باب البيوع يمتنع في باب الصِّلَح قال الشارح: ومثال البيع والسلف في الصِّلَح أن يكون للغيريم قبل غريمه دينار، وهو له منكر أو به مقرر، فيصطلحان على أن

كلامه ما يدل عليه وهو كذلك. وقوله: (فإن قلنا للمخالفة في الصنف كالمخالفة في الجنس الخ) الذي نعرفه أنها كهي وما في يسوع الأجل إنما هو من باب التهم لا من هذا الباب، وكلام هذا الشارح هنا صحيح وإن كان كثيراً.

يأخذ منه عرضاً بنصف دينار، ويؤخره بالنصف الباقي إلى أجل، فقد اجتمع البيع والسلف، لأن العرض مبيع بنصف دينار، والنصف الآخر من الدينار سلف إلى الأجل الذي أخره إليه اهـ. وإلى هذا أشار بقوله: والجمع في الصلح لبيع وسلف المسألة الرابعة: الصلح بما فيه غرر. كالعبد الأبق، والبعر الشارد، فكما يمتنع بيع ذلك يمتنع الصلح به، وإليه أشار بقوله: وما أبان غرراً بهذا اتصف المسألة الخامسة: أن يصالح عن دين في ذمته، بطعام لم يقبضه من ذمة من هو في ذمته، فكما لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه، كذلك لا يجوز الصلح به، وأما إن كان الطعام المصالح به من قرض، أو هبة ونحوهما؛ فيجوز الصلح به قبل قبضه قال في المقرَّب: في باب ما يجوز من مصالحة الورثة لزوج المتوفى وما لا يجوز ما نصّه قلت: فإن كان الطعام من سلم فقال: لا يجوز أن يصالحوها - يعني الزوجة - بشيء، على أن يكون الطعام لهم؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وفيه في جامع الصلح قلت: فمن كان له على رجل إردب خطئة، وعشرة دراهم، فصالحه من ذلك على أحد عشر درهماً يجوز هذا؟ قال: نعم، إذا كان الطعام من قرض اهـ. وإلى هذا أشار بقوله: والصلح بالطعام قبل القبض البيتين وقوله: من أمانه هو تصريح بمفهوم قوله: من ذمة والوضع مبتدأ، والمزيد والجمع وما أبان معطوفات عليه، وجملة اتصف بهذا خبر الوضع، وما عطف عليه، والإشارة بهذا لرّد الصلح المتقدم في قوله: ردّ على العموم.

فصل

وللأب الصلح على المحجور ولو بدون حقّه المائور
إن خشي الفوت على جميع ما هو به يطلب من قد خصما
والبكر وحلدها تخصّ هامنا بعفوه عن مهرها قبل البنا

يعني أنّه يجوز للأب أن يصالح عن ولده المحجور، ذكرًا كان الولد أو أنثى، بحقه الواجب له فأكثّر ولا إشكال (كان يكون لولده) عرض على مدين، فيصالحه الأب على عرض آخر، يساوي قيمة العرض الذي في الذمة أو أكثر، وكذا يجوز له أن يصالح عن ولده بأقلّ من حقه، لكن بشرط وهو أن يخشى فوت جميع الحق، فالصلح ببعضه أولى من فوت جميعه، وتختصّ البكر بأنّه يجوز لأبيها العفو عن نصف صداقها؛ إن طلقها

فصل

قوله: (كان يكون لولده إلخ) هذا بيع، وقد قال في المختصر في فصل الحجر: وله البيع مطلقاً وإن لم يذكر سببه ثم وصيه وإن بعد، وهل كالأب أو إلّا الرابع فبينان السبب خلاف، أي فهذا الصلح يجري على ما في الحجر في الأب وغيره وإن كان كلام النازم في الأب، وأما

الزَّوْج قبل البناء، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] قال في طرر ابن عات: قال جماعة في تفسير ﴿الَّذِي يَبْدُوهُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾: هو الأب في ابنته البكر، منهم الزَّهْرِيّ وعلقمة والحسن وطاوس ومالك، وأصحابه وبه الفتوى قال في المفيد: وإذا صالح الرَّجُل على ابنته البكر ببعض حقها من ميراث، أو صداق، أو غير ذلك، فإن كان حقها عيناً، لا خصام فيه ولا دعوى، فلا يجوز صلحه عليها بأقل من حقها، إذ لا ينظر في ذلك. فإن رفع رجعت بباقي حقها على من هو لها عليه، ثم لا رجوع له على والدها، إلا أن يتحمل في ذلك ما يدركه من درك، فيكون هو المطلوب به في عسره ويسره، ويتبعه بذلك غريم الابنة، وإن كان غريمها عديماً؛ طلبت والدها بحقها قال مطرف وابن الماجشون، وهو قول مالك وأصحابه قال الشَّارَح: «والابن والبنت في هذا سواء»، ولذلك أتى الشَّيْخ بلفظ المحجور الشَّامِل لهما، وذكر ابن هشام البنت فقط، هو على وجه التمثيل فقط، ولا تختص البنت إلا بجوار العفو عن نصف مهرها قبل البناء كما تقدّم، وإليه أشار الناظم بالبيت الثالث وفي الطَّرر: قال مالك: ولا يجوز لأحد أن يعفو عن شيء من صداقها يريد البكر إلا الأب وحده، لا وصي ولا غيره وفي ابن يونس: فأما قبل الطَّلَاق، فلا يجوز أن يضع من صداقها شيئاً.

(التَّوضيح وأجاز ابن القاسم) عفو الولي قبل الطَّلَاق أيضاً، ورأى أنه إذا جاز ذلك لتحصيل زوج في المستقبل، فلا يجوز للزوج الحاصل لها الذي لم يطلقها أولى أهـ. والعفو قبل الطَّلَاق إما على شرط التَّطْلِيق، أو على بقاء العصمة لكن بشرط أن يترك لها ما يحلُّ به النِّكَاح.

(وللوصي الصِّلح) عمن قد حجر ولا يجوز مع غبن أو ضرر

الصِّلح بأقل من حقه فذلك جائز حتى للوصي، قال في نوازل العيوب من الميعار أو بعينها ما نصّه: سئل ابن الفخار عن صلح الوصي عن الأيتام في عيّن القضاء فأجاب: لا يجوز شيء حتى يرى غريمه أنه يحلف، وإن ظهر له أن الغريم لا يحلف فلا يصلح إذ لعله لا يحلف ويحرف عزمته وعدمها بقرائن الأحوال والأمارات والكلام ونحو ذلك هذا لفظه، وكان الناظم إنما عبّر بالأب ليرتب العفو عن المهر إذ هو خاص، وإلا فالوصي يظهر أنه مثل الأب في الصِّلح.

قوله: (التَّوضيح: وأجاز ابن القاسم إلخ) هذا قال فيه في المختصر في فصل التفويض ما نصّه: وجاز عفوًا في البكر نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطَّلَاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل هو وفاق تأويلان انظر شرح هذا إن شئت في المحل المذكور فإن فيه زيادات إن احتجت إليها.

وقول الناظم: (وللوصي الصِّلح إلخ) يظهر أنه لا فرق، وأنه إذا ظهر غبن أو ضرر فإن

يعني أنّه يجوز للوصي أن يصالح عن محجوره إذا كان نظراً للمحجور، فإن كان فيه غبن ونقص من حقه، أو عليه فيه ضرر لم يجز. قال ابن رشد: وقعت هذه في بعض الروايات، وظاهرها أنّ الوصي يجوز صلحه عن اليتيم الذي إلى نظره، فيما طلب له من الحق أو طوّل به، في أن يأخذ بعض حقه الذي يطلب. من الغير، ويضع بعضه إذا خشي أن لا يصح له ما ادّعاه، وبأن يعطي من ماله بعض ما يطلب به، إذا خشي أن يثبت عليه جميع ما يطلب به اهـ. وفي أواخر السّفر الثالث من المعيار، في صدر جواب مؤلفه في مسألة من الصلح، سمّي جوابه المذكور تنبيه الطالب الذّرك في الصلح المنعقد بين ابن سعد، والحيّاك. قال: تحصيل صلح الوصي عن أيتامه ببعض الحق، بعد فرض سلامته من القوادر الفقهية والموانع الشرعية، أنّه لا يخلو من وجهين أحدهما: أن يكون ممّا يطلب للمحجور، والثاني: أن يكون ممّا يطلب به، فالأوّل لا يخلو من ثلاثة أوجه: الأوّل - أن يكون بعد ثبوت الحق لهم، بحيث لا خصام فيه ولا دعوى، والثاني: - أن يكون قبل ثبوته في الحال، ولا يرجى ثبوته في المال، والثالث - أن يكون غير ثابت في الحال، لكن يرجى ثبوته في المال، فالأوّل لا يجوز باتفاق؛ لأنّه تبرّع في مال المحجور، وهو ممنوع عند الكافة والجمهور، والثاني: مشروع، والثالث: ممنوع. وإن كان ممّا يطلب به، فلا يخلو أيضاً إمّا أن يكون الحق ثابتاً في الحال، أو ليس ثابتاً في الحال، ولا يرجى ثبوته في المال، أو ليس ثابتاً في الحال، ولكن يرجى ثبوته في المال، فالأوّل: يجوز صلحه عليه بمثل الحق فأقل، ولا يجوز بأكثر، والثاني: وهو ما ليس بثابت في الحال، ولا يرجى ثبوته في المال، فاختلف المذهب في إجازته ومنعه على قولين. والقول بالإجازة منهما هو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، والمنع هو قول ابن الماجشون في واضحته وأحكامه، ثمّ قال: قلت والقولان متكافئان في نظر كثير من مشايخ المذهب، وصوب بعض متأخريهم قول ابن القاسم، واعتلّ له بأن فعل الوصي محمول على النظر، حتّى يثبت خلافه اهـ. وكذا وجدت هذا الكلام في نسختين من المعيار، والغالب نقبه سقط بعضه وأصله، والثاني وهو ما ليس بثابت في الحال، ولا يرجى ثبوته في المال، فلا يجوز الصلح فيه عنه بحال، وأمّا الثالث - وهو ما ليس ثابتاً في الحال، ولكن يرجى ثبوته في المال، فاختلف المذهب... إلخ، وهذا القسم هو المناسب لحلّ الخلاف بسبب النظر إلى الحال، والمال، وهي قاعدة من القواعد

الصلح لا يضي في الأب والوصي بلا فرق، وذكرنا عند قول المتن: وله البيع مطلقاً أن الأب لا يبيع مال ابنته إلا على وجه النظر وإن كان لا يلزمه ذكر ذلك، وما ذكره هذا الشارح عن المعيار من التقسيم في الصلح عن الأيتام من الأوصياء يدل على ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى. والحاصل أن صلح الأب والوصي عن المحجور يعمل فيه المصالح ما يعمل في الصلح عن نفسه، وهو إنما يعمل الصلح فيما يظهر له أنّه هو الصواب له.

الشرعية. قوله: وللوصي يتعلق يجوز، والصالح مبتدأ وعمن يتعلق به، وجملة لا يجوز خبر الصالح.

(ولا يجوز نقض صلح أبرما) وإن تراضيا وجسبرا ألزما

يعني أن المتخاصمين إذا وقع الصلح بينهما على وجه جائز ثم أرادا الرجوع إلى ما كانا عليه من الخصومة فإن ذلك لا يجوز ويجبران على التزام ما وقع بينهما من الصلح قال ابن أبي رمنين في منتخبه: وسئل عيسى عن رجلين اصطلحا في شيء تداخيا فيه ثم أرادا أن ينقضا الصلح ويرجعا إلى الدعوى الأولى قال: هذا لا يجوز سحتون: إن استحق ما قبض المدعي في الصلح على الإنكار فليرجع بقيمة ما قبض أو مثله إن كان يوجد له مثل (ابن يونس) هذا هو الصواب لا الرجوع إلى الخصومة.

وينقض الواقع في الإنكار إن ساد منكر إلى الإقرار

يعني أن من ادعى حقا على غيره، فجمده وأنكره ثم صالحه على الإنكار، ثم بعد ذلك أقر بما أنكر أولا قبل الصلح فإن الصلح ينقض ويلزمه غرم ما بقي من حق المدعي، وهذا الفرع وما يستطرد بعده من نظائره في معرض الاستثناء من قوله: ولا يجوز نقض صلح أبرما قال في الوثائق المجموعة: قال أحمد بن سعيد سئل عيسى بن دينار عن رجل له حق على رجل فجمده، فصالحه على الإنكار ببعض الحق، ثم أقر بعد أن ما ادعى به عليه حق فقال عيسى: يلزمه غرم ما بقي من حق المدعي وقال لو أن لرجل على رجل وثيقة بحق فضاغت فأنكر غريمه فصالحه ببعض الحق ثم وجدها فله أن يرجع عليه بما بقي من حقه ابن الحاجب: والصلح على الإنكار وعلى الافتداء من اليمين جائز حكمه ولا يحل

وقول الناظم: (ولا يجوز نقض صلح أبرما إلخ) هذا هو قول المختصر في كتاب الاستحقاق، وإن صالح فاستحق ما بيد مدعيه رجع في مقر به لم يفت وألّا فقي عوضه كإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة، وما بيد المدعي عليه في الإنكار يرجع بما دفع وألّا فقيمته، وفي الإقرار لا يرجع بشيء، فقوله: لا إلى الخصومة هو عدم نقض الصلح، ولكن في ذلك خلاف قوي أي في الرجوع إلى الخصومة بعد الصلح، قف عليه إن شئت في الشرح، وقد قال ابن يونس في ديوانه ما نصه: وتحصيل هذا الاختلاف أنه لا خلاف إذا استحق ما بيد المدعي والصلح على الإقرار أنه يرجع في شيء أو قيمته أو مثله إن فات كاليك، وإن استحق ما بيد المدعي عليه فقبل يرجع بما دفع وقبل لا يرجع، وإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما أخذ المدعي فقبل يرجع بقيمة ما قبض ومثله، وقبل يرجع إلى الخصومة، وإن استحق ما بيد المدعي عليه فقبل يرجع عليه بما دفع إليه وقبل لا يرجع بشيء، وقبل إن استحق بحضرة الصلح رجع وإن كان بعد الطول الكثير لم يرجع اهـ. بلفظه. فانظر قوله وقبل يرجع إلى الخصومة إنما ذكره في الإنكار.

للظالم منهما فلو أقر بعد ذلك فله نقضه لأنه مغلوب، ثم قال في التوضيح في شرح قوله وإن أشهد سرًا فقولان: وهنا ثمان مسائل أربع متفق عليها أي على نقض الصلح في ثلاثة منها وعلى إصباته في الرابعة، وأربع مختلف فيها. فأما المتفق عليها، فالأولى: إن كانت له بيعة غائبة وأشهد وأعلن، والثانية: إذا صالح على الإنكار ثم أقر، والثالثة: إذا صالح على الإنكار وذكر ضياع صكه أي وثيقته ثم وجده بعد الصلح فهذه الثلاثة اتفقوا فيها على القبول، والرابعة: إذا ضاع صكه فقال له غريمه: حقه حق فأت بالصك فأمحه وخذ حقه. فقال: قد ضاع وأنا أصالحك ففعل ثم يجد ذكر الحق فلا رجوع له باتفاق ابن يونس: والفرق بين هذه والتي قبلها أن غريمه في هذه معترف وإنما طالبه بإحضار صكه ليمحو ما فيه، فقد رضي هذا بإسقاطه واستعجال حقه، والأول منكر للحق وقد أشهد أنه إنما صالحه لضياع صكه فهو كشهادة أنه إنما يصالحه لغية بيته، وأما الأربع المختلف فيها فهي: إذا كانت بيته غائبة وأشهد سرًا كما ذكر. والثانية: إذا صالح ولم يعلم بيته، ثم علم والمشهور فيها القبول كما تقدم، والثالثة: إذا صالح وهو عالم ببيته، وتقدم أن المشهور فيها عدم القبول، والرابعة: من يقر في السر ويجحد في العلانية فصالحه غريمه على أن يؤخره سنة وأشهد الطالب أنه إنما يصالحه لغية بيته فإذا قدمت قام بها، ففيل ذلك له إذا علم أنه كان يطلبه وهو يجحده، وقيل ليس له ذلك خليل: وأفتى بعض أشياخ شيخي بأن ذلك له لضرورة وهو قول سحنون والآخر لمطرب، وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة والله أعلم اهـ.

والى هذه المسائل الثمان (أشار الشيخ خليل في مختصره) بقوله: فلو أقر بعده، أو شهدت بيعة لم يعلمها، أو أشهد، وأعلن أنه يقوم بها، أو وجد وثيقته بعده فله نقضه كمن لم يعلن، أو يقر سرًا فقط على الأحسن لا إن علم ببيته ولم يشهد أو ادعى ضياع الصك ففيل له حقه ثابت فأت فصالح ثم وجده اهـ. والمسألة الأولى في المختصر هي الثانية في التوضيح، والثانية فيه هي الثانية من الأربع الأخيرة في التوضيح، والثالثة فيه هي الأولى

قوله: (أشار الشيخ خليل في مختصره) بقوله: فلو أقر بعده أو شهدت بيعة لم يعلمها أو أشهد وأعلن أنه يقوم بها أو وجد وثيقته بعده فله نقضه كمن لم يعلن أو يقر سرًا فقط على الأحسن، لا إن علم ببيته ولم يشهد أو ادعى ضياع الصك ففيل له حقه ثابت فأت فصالح ثم وجده اهـ. فقوله: فلو أقر بعده أي الصلح. وفهم من قولهم أقر بعده أنه كان قبله منكرًا وهو صورة الفرع، وقوله: أو شهدت بيعة هذا هو المذهب وهو مذهب المدونة وظاهر الانتقال فيها كانت حاضرة بالبلد أم لا، لأن المدار على عدم العلم وقد علم، وقوله: أو أشهد وأعلن أنه يقوم بها هذا في الغائبة جدًا إذ القرينة كالحاضرة والتبيطي لم يذكر لفظ جدًا ولكن ذكره غيره، وذلك أن الحاضرة وما في حكمها إذا علمها فلا قيام بها أسقطها أم لا، لأنها إذا علمت فلا معنى للإشهاد بالقيام بها لأن المدار على كون المصالح في حكم المغلوب فالقرينة ظاهرة ودالة على المراد، وقوله:

في التوضيح، والرابعة هي الثالثة في التوضيح، والخامسة هي الأولى من الأربع الأخيرة، والسادسة هي الرابعة من الأربع الأخيرة، والسابعة هي الثالثة من الأربع الأخيرة، والثامنة هي الرابعة من الأربع الأولى. وقوله في آخر كلام التوضيح: وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة قلت: هي التي تسمى في عرفنا الاسترعاء، وهي أن يكون الحق على ظالم لا يتصف منه ولا تناله الأحكام فيخاف صاحب الحق أن يطول الزمان ويضيع حقه، فيشهد سرا وخفية أنه على حقه غير تارك له وأنه يقوم به متى أمكنه ذلك وقد أشبع الكلام فيها صاحب المعيار في نوارل الصلح عن الإمام أبي الحسن علي بن عثمان بن عطية الونشريسي، لما سئل عن قول ابن الحاجب آخر الصلح: فإن أشهد سرا فقولان فعليك به إن تعلق لك به غرض فإنه كثير الوقوع لا سيما في هذا الزمان:

إن طال هذا ولم يحدث له غير لم يلك ميت ولم يفرح بمولود

وقد نقلنا منه جملة صالحة في شرحنا المسمى بفتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق في شرح قوله في آخرها: ولا تكتن طوعا بعبير بركب الآيات الثلاثة.

والشركات ما تكون الصلح مع علم مقدار لها يصح

يعني أن التركة يصح وجود فيها الصلح أي: سواء كانت عينا، أو عرضا، أو حيوانا، أو طعاما، أو ملقة من البعض، أو الكل أو غير ذلك، لكن بشرط علم مقدارها لما في الصلح مع جهل مقدارها من الغرر الذي منع منه الشارح في أبواب المعاضبات، (ثم نقل الشارح) جواب الإمام أبي سعيد بن لب عن صلح في تركة وقع فيه جهل وغبن. قال: فاما الجهل فقد قال أهل الوثائق: إذا سقط من العقد ذكر معرفة القدر وادعى أحد المتعاقدين الجهل لم يصدق ولا يمين له على صاحبه في وجه من الوجوه إلا في وجه واحد، وهو أن يدعي أن صاحبه كان عالما بجهله، فيجب له اليمين على صاحبه أنه ما علم بجهله إذا أنكر

أو وجد وثيقته أي وقد ذكر ضياعها عند صلحه ثم وجدها بعده وكان هذا القيد يفهم من قول المتن أو ادعى ضياع الصك لأن المسألتين كالمسألة الواحدة في الجملة ولذلك احتيج للفرقة كما في ابن يونس وغيره. وقوله: كمن لم يعلن الأولى أن قوله على الأحسن راجع لما يليه فقط، وفي كلام ابن غاري شيء انظره في الشرح. وقوله: أو يقر يتعين حملة على مضمون قول ابن عرفة ولو صالحه على تأخير سنة إلخ هذا هو الحق في تقرير هذه المسائل إن شاء الله تعالى، ولكن قف على ما يبينها غاية في الشرح إن شاء الله تعالى، وقف فيه على مسائل حسان يطول بنا جلبها، وعلى أدلة هذه المسائل المذكورة في المتن فإنها محتاج إليها غاية.

قوله: (ثم نقل الشارح إلخ) هذا ذكره الناس عند مضمون قول المختصر: وجهل بمشعور أو ثمن وهناك ذكره مستوفى.

ذلك فإن حلف تمّ العقد، وإن نكل وردّ اليمين على الآخر حلف لقد كان جاهلاً بما خرج عنه وفسخ العقد إن شاء هذا مع عدم ثبوت جهله بقدر ذلك، أمّا لو ثبت ذلك أو اعترف به الخصم لثبت الخيار للجاهل في الفسخ، فإن اعترف الخصم أنّه كان جاهلاً بجهل صاحبه عند العقد وجب الفسخ بكلّ حالٍ لفساده حيثنّذ. وأمّا القيام بالغبن فما فيه معلومٌ فليراجع في محله والله أعلم.

(ولا يجوز الصلح باقتسام ما) في ذمّة وإن أقرّ الغرماء
والأربع قبل ذروه والثمر ما دام مبقًى في رموس الشجر
ولا بإعطائهم من الوراث للعين في الكالي والميسرات
وحيث لا عين ولا دين ولا كالي ساغ ما من إرث بدلا

اشتملت الآيات على أربع مسائل ثلاثة ممنوعة وواحدة جائزة. الأولى: من الثلاث: إذا كانت التركة ديوناً على أناسٍ شتى فلا يجوز للورثة قسم تلك الديون بأن يخرج واحدٌ بغيرهم وآخر بغيرهم آخر وهكذا. وإن حضر الغرماء وأقرّوا بالدين تبقى الديون بينهم فتمت اقتضوا منها شيئاً اقتسموه. ولا تقسم اللّهم وفي الأثر النهي عن الذمّة بالذمّة (ومن اقتضى منهم شيئاً) من ذلك أو صالح عن نصيبه منه دخل معه سائر الورثة في ذلك إلا أن يسلّموا له فعله أو من شاء منهم ويتبعون الغريم بحصصهم. كلنا نقل الشارح عن النيطي: وإلى هذا أشار الناظم بالبيت الأول بقوله: في ذمّة كآته أراد الجنس بدليل صيغة الجمع في الغرماء، وأين منه أن لو قال بلمم وإن أقرّ الغرماء. (الثانية قسم الزرع) قبل ذروه والثمر في رموس الشجر قبل جذاه، فإن ذلك لا يجوز لما فيه من الغرر والمخاطرة من غير ضرورة

وقول الناظم: (ولا يجوز الصلح باقتسام ما إلخ) هذا ذكره في باب القسمة، وذكرناه في بابها عند قول المختصر: وأخذ وارث غرضاً إلخ. وأما قسم على مدين واحد فذلك جائز ذكره ابن عرفة وغيره، كلام الأجهوري في اعتراضه على ابن عرفة لا يصح، وتكلّمنا على ذلك صدر باب القسمة.

قوله: (ومن اقتضى منهم شيئاً) هذا ذكره في المختصر في كتاب الصلح كما في التحفة وهو قوله: وإن صالح أحد وليس إلى آخر تلك المسائل. قوله: (الثانية قسم الزرع إلخ) هذه قسمة محضّة لا ذكر للصلح فيها وهو قد قال ما نصّه: فقوله والزرع هو بالخفض عطف على ما مدخول الاقتسام إلخ، والناظم قال: ولا يجوز الصلح باقتسام ما إلخ، والباب باب القسمة وهذا الشارح تابع لابن الناظم، وكأنهم رأوا الإشاعة في الشيء إن قسمه مصالحة في الجملة، والمختصر ساق المسألة في باب القسمة حيث قال: وثمر أو زرع إن لم يجزئه إلخ عاطفاً لذلك على ما يمنع.

تدعو إلى ذلك. (قال المتيطي) بآثر النقل المتقدم عنه: وكذلك إذا ورثوا زرعاً، وأرضاً، وشجرًا فيها ثماراً، ثم لم يقسموا الأرض، وأصول الشجر ويبقى الزرع والثمر بينهم على موارثهم حتى يصفى الزرع ويصير حياً وتجنّى الثمرة فيقسمون ذلك كيلاً، ولا يجوز اقتسامهم الزرع فدادين ولا قنّاً ولا حزمًا ولا الثمر في الشجر وهو في المزابنة، فإن اقتسموا ذلك جهلاً ثم عثر عليه فسح، فإن نزلت جائحة فيها قبضه أحدهم فهي من جميعهم، ويكون جميع السالم من الجائحة^(٥٠) من ثمر أو زرع بينهم ١ هـ. محل الحاجة منه. وإلى هذا أشار الناظم بقوله: والزرع قبل ذروه البيت، فقوله: والزرع هو بالخفض عطف على مدخول الاقتسام، والثمر عطف على الزرع ومبقي بضم فسكون خبر ما دام. الثالثة: إعطاء الوارث عيناً للزوجة في كالي صداقها وميراثها من زوجها، فإن ذلك لا يجوز أيضاً للجهل بما بقي من التركة بعد بيع ما يقضى به الدين منها؛ لأن الدين مقدّم على الميراث. قال المتيطي: ولا يجوز أن ينقصد الصلح بدنانير أو دراهم في صفقة واحدة على الكالي والميراث؛ لأن الجهل يدخله إذ لا ميراث إلا بعد الدين، والكالي من الدين، وينبغي أن يباع من التركة بقدر الدين ويؤدى ويعرف ما بقي بعد ذلك، ويقع الصلح على نصيبها منه، ولعله يباع في الكالي ثلث العقار أو ربعه أو سدسه أو من العبيد أو من الإمام والوطاء وغير ذلك بما يذهب بأكثر المال فلا يدرى كم يباع في الدين من التركة. فإذا لم يعرف وقع الجهل في نصيبها من الباقي، والصلح في ذلك مجهول، والصلح بيع من البيوع. وهكذا نقل عن أشهب وقاله ابن العطار، وابن رجب، وفضل بن سلمة، وغيرهم من المؤلفين ١ هـ. وإلى هذا أشار الناظم بقوله: ولا بإعطاء من الوارث البيت، فقوله: ولا بإعطاء هو معطوف على قوله: باقتسام ومن الوارث متعلق بإعطاء، ومعنى في الكالي والميراث أي في مقابلتهما معاً. المسألة الرابعة: الجائزة إذا لم يكن في التركة عين ولا دين على هالكها ولا كالي لزوجته عليه، وهو من جملة الدين فيجوز أن تصالح بدنانير أو دراهم أو غير ذلك لخلو المسألة عن الموانع الشرعية. وعلى ذلك نبه بقوله وحيث لا عين ولا دين ولا كالي البيت.

(تتميم) مما يناسب المسألة الثالثة المتقدمة آنفاً مسائل في المدونة نقلها الإمام المواق على قول الشيخ خليل: وعن إرث زوجة من عرض، وورق، وذهب بذهب من التركة قدر مورثها منه، فأقل إلى قوله: وإن كان فيها دين فكيّبه رأيت إثباتها هنا تميمًا للفائدة وإن

قوله: (تتميم إلخ) هذه المسألة أشار لها في المختصر بقوله عاطفًا على الجائز وعن إرث زوجة من عرض وورق وذهب بذهب من التركة قدر مورثها منه فأقل أو أكثر إن قلت الدراهم لا من غيرها مطلقاً إلا يعرض إن عرفا جميعها حضر وأقر المدين وحضر وعن دراهم وعرض تركا بذهب كيّع وصرف وإن كان فيها دين فكيّبه ١ هـ. وابن يونس هنا كلامه كثير وحاصله مهما كان

كان فيها طولٌ فيغتفر لامتحان ذهن الطالب بها، ورفع توهم منع ما هو منها جائزٌ وجواز ما هو ممنوعٌ، وبيان وجه ما هو الجائز منها والممنوع. قال - رحمه الله -: من المدونة قال ابن القاسم: من مات عن ولد وزوجة وترك ذنانير، ودراهم، وعروضاً حاضرةً وغائبةً، وعقاراً، فصالح الولد الزوجة على دراهم من التركة. فإن كانت قدر مورثها من الدراهم فأقلّ جاز، وإن كانت أكثر لم يجز؛ لأنها باعت عروضاً حاضرةً وغائبةً وذنانير بدراهم نقدًا وذلك حرامٌ أ. هـ. فإن كانت الدراهم ثمانين فصالحها بعشرة دراهم فقد أخذت واجبها منها، وهو عشرة وسلمت في واجبها من غيرها من الذنانير والعروض. وكذا إن صالحها بشمسية دراهم فقد تركت من حقها من الدراهم درهمين وترك جميع حقها من الذنانير والعروض ولا محذور في ذلك، وإن صالحها بأكثر من حقها من الدراهم لم يجز كما بين وجهه بقوله: لأنها باعت عروضاً... إلخ ولا يجوز التقد بشرط في بيع الغائب إلا أن يقرب مكانه أو يكون ممّا يؤمن تغييره، وفيه أيضاً اجتماع البيع والصرف؛ لأن ما راد من الدراهم على واجبها منها بعضه في مقابلة الذهب وهو صرف، وبعضه في مقابلة العروض الحاضرة والغائبة، وهو بيع يريد إلا أن تكون الدراهم الزائلة على نصيبها سيرة أقل من صرف دينار فتنتهي علة اجتماع البيع والصرف في أكثر من الذنار. ثم قال في المدونة إثر ما تقدم: وإن صالحها الولد على ذنانير أو دراهم من غير التركة قلت أو كثرت لم يجز لأنها باعت ذهباً وفضةً وعروضاً بذهب أو فضة؛ لأن القاعدة أنه إذا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة لم يجز أن يكون مع أحد العوضين أو معهما عروض لقوات التمثيل في الوجهين الأولين ولا اجتماع البيع والصرف في الوجه الثالث. ثم قال في المدونة إثر ما تقدم: فأما على عروض من ماله نقدًا فذلك جائز بعد معرفتهما بجميع التركة، وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض، وإقراره به يريد، والعرض الذي أعطاهما نقدًا مخالفٌ للعروض التي على الغرماء قال: فإن لم يقصا على معرفة ذلك كله لم يجز. انظر قوله بعد معرفتهما بجميع التركة إلخ. فإن جهلا أو أحدهما فيبين الوجهين فرق أ. هـ. وانظر إذا صالحها بعرض من التركة مع وجود الشروط التي ذكر من معرفتهما بجميع التركة إلخ، فإن ذلك جائزٌ والله أعلم. قال ابن عرفة: صلح لوأرت بقدر حظه من صنف ما أخذه واضح؛ لأنه لما سواه واهب، ويزال عن حظه فيه باع حظه في غيره بالزائد فيعتبر البيع والصرف وتعجيل قبض ما معه وشرط بيع الدين بحضور المدين وإقراره. وعبرة المدونة إن ترك ذنانير ودراهم وعروضاً وذلك كله حاضرٌ لا دين فيه ولا شيء غائب فصالحها الولد على ذنانير من التركة يريد أكثر من حظه من الذنانير فذلك جائزٌ إن كانت الدراهم سيرة. اللخمي: يعني إذا كانت الذنانير في المسألة المذكورة ثمانين فأعطى الولد للزوجة عشرة ذنانير من تلك

الدين من أحد التقدين فلا يصالح عليه بنقد من عنده، ومن غير ذلك وغير طعام البيع يجوز بنقد من عنده مع حضور المدين وإقراره ووصف ذلك.

الدنانير فأقلّ جاز، واختلف إذا أعطوها العشرة من أموالهم فمعه ابن القاسم ورآه ربا، وكأنها باعت نصيبها من الدنانير والدراهم والعروض بهذه العشرة. وإن أخذت من الدنانير التي خلفها الميت أحد عشر دينارا جاز؛ لأنّ صرفا وبيعا في دينار واحد جائز أ هـ. بيان وجه جواز أن العشرة دنانير هي واجبها في الثمانين دينارا، أو الدينار الحادي عشر بعضه في مقابلة واجبها في العروض، وهو بيع وبعضه في مقابلة واجبها من الدراهم وهو صرف، فقد اجتمع البيع والصرف في دينار واحد وهو الحادي عشر وهو جائز. ثم قال: ومن المدونة قال ابن القاسم وإن ترك دراهم وعروضا فصالحها الولد على دنانير من ماله فإن كانت الدراهم يسيرة حظها منها أقلّ من صرف دينار جاز إن لم يكن في التركة دين، وإن كان حظها منها صرف دينار فأكثر لم يجز أ هـ. فقلوه: أقلّ من صرف دينار جاز. وجه جواز أن أحد الدنانير المصالح بها بعضه في مقابلة واجبها من الدرهم وهو صرف وبعضه مع بقية الدنانير المصالح بها في مقابلة العروض. وهو بيع فاجتمع البيع والصرف في دينار واحد وهو جائز. وقوله: وإن كان في حظها صرف دينار فأكثر لم يجز. وجه منه أنه كان في حظها من الدراهم صرف دينار فقط، كان دينار صرفا بواجبها من الدراهم وباقي الدنانير في مقابلة. العروض: وهو بيع فلم يجتمعا في دينار واحد وكذلك إن كان واجبها من الدراهم صرف دينار ونصف مثلاً فإنّ النصف الباقي من الدينار وباقي الدنانير في مقابلة العروض فلم يجتمعا في دينار واحد. وكذا إن كان واجبها صرف دينارين فأكثر ثم قال من المدونة: وإذا كان في الشركة دين من دنانير أو دراهم لم يجز الصلح على دنانير أو دراهم نقدًا من عند الولد، وإن كان الدين حيوانًا أو عروضًا، من بيع أو قرض أو طعامًا من قرض لا من سلم فصالحها الولد من ذلك على دنانير أو دراهم عجلها لها من عنده فذلك جائز إذا كان الغرماء حضورًا مقرّين ووصف ذلك كله أ هـ قوله: «لم يجز الصلح على دنانير». وجه منه أنه اشترى دنانير نقدًا بدنانير إلى أجل أو دراهم نقدًا بدراهم إلى أجل، وقوله: وإن كان الدين حيوانًا أو عروضًا إلى قوله: فذلك جائز. وجه جواز أنه اشترى دينًا من عروض، أو طعام في ذمة المدين بدنانير، أو دراهم معجلة ولا محذور فيه إلا إن كان الطعام من بيع، فلا يجوز بيعه قبل قبضه. فلذلك قال: من قرض لا من سلم، وكذا

وقول الناظم: **(وإن يفت إلخ)** هذا قال فيه في المختصر: وإن صالح بموخر عن مستهلك لم يجز إلا بدراهم بقيمتها فأقلّ أو ذهب كذلك وهو مما يباع به أ هـ. والمسألة مبنية على أمور تعرف من المختصر وغيره منها أن من استهل عرضًا فعليه قيمته، وإذا وجبت قيمته على مستهلكه فهي دين لأن الدين يشمل الحال وغيره إذ الدين ما يكون في الذمة، وقد قال في المختصر: وعن دين بما يباع به وشرط معرفة المصالح عنه يؤخذ من قوله المصلح على غير المدعي بيع إلخ، وهنا لا يصلح عن القيمة إلا بعد معرفتها، وقد علم أن المقوم به ما جرت عادة الناس بالبيع به، وإن أردت الاستيفاء فعليك بالشرح لكلام المختصر المذكور.

يشترط في جوازه حضور الغرماء، وإقرارهم وصف المبيع على قاعلة بيع الدين واللة أعلم .:

قال - رحمه الله تعالى -

(وإن يفت) ما الصلح فيه يطلب لم يجز إلا مع قبض يجب

يعني أن من ادعى على غيره أنه غصبه، أو سرق له ثوباً، أو عبداً، أو دابةً، أو غير ذلك، وفات ذلك بيد الغاصب أو السارق بموت أو تغير يوجب عليه القيمة أنه لا يجوز أن يصلح عنه إلا بمعجل لأنه بنفس الفوات وجبت القيمة فلا تفسخ في مؤخر. ومفهومه أنه إذا كان قائماً لم يفت فإنه يجوز الصلح بمعجل وبمؤجل؛ لأنه كالبيع وهو يجوز بالمؤجل والمعجل. قال في المدونة: وإذا ادعى رجل على رجل آخر أنه غصبه ثوباً أو عبداً أو ما أشبه ذلك والعبد والثوب قائماً فيجوز أن يصلحه بدنانير أو دراهم أو بعرض من غير صنفه ويؤخر ذلك ولا يتعجله وهو كالبيع سواء، فإن كان المدعى فيه فائتاً لم يجز الصلح إلا بما يتعجل قبضه مكانه؛ لأنه قيمة الشيء المغصوب أو مثله، قد صار ديناً على الغاصب فلا يقبض على ذلك إلا ما كان يتعجل قبضه إلا أن يصلح عن ذلك بمثل قيمة الشيء المغصوب دراهم يؤخره فيجوز ذلك، ولا يصلحه عن ذلك بدنانير مؤجلة لأن الأشياء المستهلكة إنما تقوم بالورق ولا يجوز الصلح فيما فات منها حتى تعرف قيمة الشيء المغصوب الفائت، ويجوز إذا كان قائماً وإن لم تعرف قيمته. وإذا طلب الصلح في شيء فات من دابة أو عرض - يريد الشيخ بمثله أو بغير النقد الجاري في البلد الذي يطلب فيه الصلح - فإنه لا يجوز إلا مع القبض للشيء الذي وقع به الصلح لأنه يدخله الدين بالدين اهـ. من الشارح، ثم قال:

وجائز تحلل فيما ادعى ولم تقم بينة للمدعي

(يعني أنه يجوز التحلل من الدعوى): التي لم تقم عليها بينة للمدعي، وهذا في الدعوى المجهولة لهما مما أجرى المعلومة لهما. وأما المعلومة لواحد المجهولة لآخر فلا يجوز الصلح فيها. وبقي هذا القيد على الناظم ومعنى التحلل أنه يصلحه بشيء ويجعله في حل. قال في كتاب الشفعة من المعيار: إن صالح رجل رجلاً في حق ادعاء عليه في

قوله: (يعني أنه يجوز التحلل من الدعوى) بحق في دار مثلاً يجوز الصلح عنها إن جهل قدر ذلك الخصمان أو علما ذلك، وإن علم أحدهما قدره وجهله الآخر لم يجز للجهل، وقد تقدم أن الصلح يبيع وجهل أحد المتبايعين بشمن أو مشمون مفسد للعقد على المذهب، كما بينا عند قول المختصر: وجهل بشمن أو مشمون، وإنما جاز الصلح في جهلهما معاً لأن ذلك غاية المقدور،

داره فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً فذلك جائز. وإن عرفه أحدهما وجهله الآخر لم يجز الصلح كالبيع عند مالك وفي المقرَّب قلت: فمن كان له على رجل دراهم ثم نسيها جميعاً عددها كيف يصنعان؟ قال: يصطلحان على ما شاءا من ذهب، أو ورق، أو عرض ويحل كل واحد منهما صاحبه ولا يؤخره بما صالحه عليه. وقال بعض المتأخرين: يجوز التحليل في الدَّعوى للجهولة على ما نصّه أهل الوثائق ا هـ.

قال - رحمه الله -

والصلح في الكائي حيث حلا بالصّرف في العين لزوج حلا

يعني أنّه يجوز للزوج أن يصالح عن كائي الزوجة الذي في ذمّه (إذا حلّ أجله)، وكلنا إن حلّ بعضه جاز الصلح عن ذلك البعض، فيصالح بدنانير إن كان عليه دراهم أو بالدرهم إن كان عليه دنانير. أمّا أن يحلّ أجله فلا يجوز الصلح المذكور. قال بعض المتأخرين: وصلح الرجل زوجته عن كائنها إذا كان دنانير بدراهم أو بالعكس جائز إذا كان حالاً (أو كان منكراً له) فإن كان مؤخراً فلا يجوز ذلك. وكذلك إن كان هو يدعي التأخير والزوجة تدعي حلوله لآثمه صرف مستأخراً في حق الزوج ويجوز ذلك على قول أصبغ ا هـ.

باب النكاح وما يتعلق به

حدّه الإمام ابن عرفة بقوله النكاح عقدٌ على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب

ومثل هذا يجري في دراهم نسيأ عددها مثلاً، وهذا الشارح تبع ابن النازم في تفسير البيت بما رأيته، ويحتمل البيت أن هذا صلح عن إنكار، ويشعر بذلك قوله: ولم تقم بينة للمدعي فإنه ظاهر في إنكار المدعي عليه، ولكن النازم عبر بالتحلل فافهم، والصلح عن الإنكار هو قول المتن: وعلى الافتداء من يمين وفيه خلاف.

قوله: (إذا حلّ أجله إلخ) هذا من جملة أفراد قول المتن، وجاز عند دين بما يباع به وعن ذهب بورق وعكسه إن حلاً وعجل كمائة دينار ودرهم عن مائتيهما، فقوله حلا هو المدعى به ذهب في صورة وفضة في صورة، وقوله وعجل أي العوض عن المدعى فيه، قال في التوضيح: وهذا راجع إلى صرف ما في الذمة إلخ، وصرف ما في الذمة هو قول المتن في الصرف أو بدين إن تأجل وإن من أحدهما، انظر بيانه في الشرح غاية هناك. قوله: (أو كان منكراً له إلخ) تقدم بيان هذا في شرط الصلح عن الإنكار.

باب النكاح وما يتعلق به

قف في الشرح على الكلام في حد النكاح وما يخرج بحد ابن عرفة هو قوله بعدما ذكره

قيمتها بيّنة قبله غير عالم عاقلها حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر قال شارح الحدود الإمام الرّصاع قوله: عقد عبر بالعقد لأنّ النكاح فيه إيجاب وقبول من جاتين والعقد فيه لزوم العاقد على نفسه أمراً من الأمور، وأصل العقد في اللغة الرّبط ومنه عقد إزاره وقد يستعار للعاني أي كهذا وقوله على مجرد هو المقود عليه وهو اسم مفعول من جرد، وهو صفة قبل الإضافة للمتعة أي؛ المتعة المجردة بمعنى أنّها المقصودة من غير إضافة شيء إليها، واحترز به من العقد على المنافع وهو الإجارة والكراء وعلى الذوات وهو البيع والمتعة معلومة مشهورة فلذلك عرف بها وهي التلذذ والتّمتّع أعمّ من التلذذ لأنّ التّمتّع يكون حسياً ومعنوياً كتتمتع الجاه والولاية وتمتّع الركوب والاكل والمقدّمات، والتلذذ يكون بالأمور الحسّية ثمّ أخرج الأمور المعنوية بقوله التلذذ، ثمّ أخرج من الحسّية التلذذ بالطعام والشراب بقوله بأدميّة وزعم بعض المشايخ أنّه أخرج به العقد على الجنّة وفيه عندي بعد قوله غير موجب قيمتها أخرج به تحليل الأمة إذا وقع بيّنة فإنّه يصدق عليه أنّه عقد على مجرد التلذذ بأدميّة بيّنة لكنّه يوجب ذلك التلذذ قيمة الأدميّة، والقيمة في المحلّة تحب بالتلذذ وقيل بالغيبة على المحلّة وإطلاق متعة التلذذ يوجب إدخال نكاح الخصي والمجبوب وهو ظاهر وقوله بيّنة حال من التلذذ معناه في حال كون التلذذ يكون بيّنة قبل وجوده أخرج به صور الزنا ١ هـ. وكتب عليه شيخنا سيدي أبو محمّد عبد الواحد بن عاشر رحمه الله أعني على قول الرّصاع بيّنة حال من التلذذ ما نصّه هذا كلام غير واضح فإنّ المتفكر للبيّنة هو العقد لا التلذذ ١ هـ. ثمّ قال الرّصاع: قوله غير عالم يحتمل أن يكون حالاً من المتعة وهو المقود عليه فكأنّه قال: عقد على المتعة بأدميّة في حال كون المتعة غير عالم عاقلها حرمتها، فهي حال جرت على غير من هي له، ويحتمل غير بالرفع على الصّفة وهو الذي ينطق به كثير من الشيوخ وأخرج به صورة العقد على أدميّة بالقيود المذكورة والعاقد عالم بتحريم المتعة بتلك الأدميّة كالعقد على الأخت والصّمة وغير ذلك من المحرمات في كتاب الله تعالى فإنّ ذلك ليس بنكاح بل حكمه حكم الزنا والسّفاح، فلا

هذا الشارح ما نصّه: فيخرج عقد تحليل الأمة إن وقع بيّنة ويدخل نكاح الخصي والطارئين لانه بيّنة صدقاً فيهما، ولا يطل عكسه بنكاح من ادعاه بعد ثبوت وطئه بشاهد واحد أو فشو بئانه باسم النكاح لقول ابن رشد: عدم حله للشبهة لا لثبوت نكاحه، تحرير قول ابن عرفة بيّنة قبله إلى آخر ما ذكره في المسألة صريح أن ما وقع فيه الدخول بلا شاهدين ليس بنكاح، وقد ذكر ابن عرفة هو وغيره أنّه يفسخ بطلقة والطلاق فرع ثبوت النكاح فهذا تناقض يبادئ الرأي، والجواب عن ذلك هو ما ذكره ابن رشد في المقدمات أن الطلقة الزمناها له لانه يقول: تزوجت بشاهدين عدلين، فهو مقرّ بصحة النكاح، والإنسان يؤخذ بإقراره، وفسخناه حيث لم نصدقه، ودرى عنه الحد للفشو لحديث: «ادعوا الحدود بالشبهات» والفسر شبهة، انظر بسطه وكلام ابن رشد في الشرح فافهم، فإن من حشى وشرح لم يلموا بهذا فيما وقفنا عليه.

يلحق فيه ولدٌ ولا يدرا فيه الحدّ لقوة الدليل على التحريم هذا على القول المشهور في أنّ ذلك مقصورٌ على ما حرّمت المتعة فيه بكتاب الله تعالى، ولذلك قال إن حرّمها الكتاب على المشهور. ثمّ أشار إلى القول الآخر أنّ ذلك لا يقتصر فيه على تحريم الكتاب بل ذلك عامٌ فيما وقع تحريمه بالكتاب أو بغيره، وهو أعمّ وأشمل ممّا حرّمه الكتاب وحده ممّا عدّه في كتاب الله تعالى ولذلك قال: الإجماع على القول الآخر وهو معطوفٌ على الكتاب أي أو ما حرّمه الإجماع على القول الآخر وهما طريقان مشهوران في المذهب بنوا عليهما مسائل في النكاح والزنا كما هو مقررٌ في محله ولنذكر ما تمسّ الحاجة إليه في فهم رسمه مثال ذلك إذا جمع بين المرأة وعمتها أو نكح نكاح متعة عالمًا بتحريم ذلك فهل يصدق عليه أنّه نكاحٌ ثبت فيه لوازم النكاح أو لا يصدق عليه ذلك ويكون حكمه حكم الزنا؟ قولان: المشهور أنّ حكمه حكم النكاح، والقول الآخر أنّ حكمه حكم الزنا فالأوّل يقول بعدم حده ويلحق الولد به والثاني عكسه، فالأوّل يراعي المحرّمات بالكتاب فقط وما حرّم بالسنة لا يكون حكمه حكم ذلك، والثاني يراعي ما يعمّ ذلك فإذا صحّ وجب أن يقول الشيخ أو الإجماع كما تقدّم، وقيل إنّما صوابه بالواو وقيل أصله أو والإجماع بزيادة واو بعد أو لأنّ الأوّل لا يقول بالثاني والثاني يقول بالأوّل ويزيد عليه وذلك إنّما يكون مع الواو.

وباعنبار النكاح النكاح واجبٌ أو مندوبٌ أو مباح

يعني أنّ حكم النكاح يختلف باختلاف النكاح فتعرض له أحكام الشريعة الخمسة إلّا أنّ النّاظم لم يذكر المكروه والحرام قال في التوضيح: وحكم النكاح الندب من حيث الجملة وقد يجب على من لا ينفك عن الزنا إلّا به ويكره في حق من لا يشتهي ويقطع به عن عبادته وفي المنع لابن بطّال: يكره لمن لا يجد الطول ولا حرقة له ولا صناعة ابن بشير: ويحرم على من لا يخاف العنت وكان يضرب المرأة لعدم قدرته على الوطء أو على الثقة أو يكتسب من موضع لا يحلّ للخصمي: ويباح لمن لا نسل له ولا أرب له في النساء وأشار إلى أنّ المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام والنكاح في اللغة التداخل يقال تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ونكح البذر الأرض ويطلق في الشرع على العقد كقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] وعلى الوطء كقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وكثر استعماله في العقد ولا خلاف أنّه حقيقة في الوطء واختلف في إطلاقه على العقد فقيل بطريق الحقيقة وقيل بطريق المجاز وهو الأصح، لأنّ المجاز خير من الاشتراك، ثمّ قال عن ابن عبد السلام: والأقرب أنّه حقيقة لغة في الوطء مجاز في العقد وفي الشرع على العكس صحّ من التوضيح باختصار وتقديم وتأخير حسبما اقتضاه المقام ابن سلمون: وتستحب الخطبة يوم الجمعة بعد العصر ويستحب

العقد في سؤال البناء فيه لأن النبي ﷺ: تزوج عائشة في سؤال وبنى بها في سؤال^(٥٠) ١ هـ. وفي أواخر السفر الأول من الميعار في الفصل الذي عقده لتعدد البدع المستحبة وغيرها ما نصه: ومنها كراهة الجهال ومن لا يعا به عندنا اليوم عقد النكاح في شهر للحرم والدخول فيه قال صاحب المفهم: بل ينبغي أن يتميز بالعقد والدخول فيه تمسكاً بما عظم الله تعالى ورسوله من حرمة وردعاً للجهال عن جهالتهم.

والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان

يعني أن أركان النكاح خمسة المهر والصدّق والصيغة الدالة على الماهية والزوج والزوجة والولي ونحوه قول ابن الحاجب: أركانه الصيغة والولي والزوج والزوجة والصدّق (والتحقيق) ما قاله الإمام الخطّاب أن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان: وأمّا الشهود والصدّق فلا ينبغي أن يعدّ في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعيّ بدونهما غاية الأمر أنّه يشترط في صحّة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصدّق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد فتأمّله وقد تقدّم أن الإشهاد في العقد مستحبّ وأمّا الصدّق فقال الشيخ يوسف بن عمر في قول الرّسالة وصدّق هذا شرط كمال في العقد لأنّه لو سكّت عنه لم يضرّ كما في التّفويض نعم لو تعرّضوا لإسقاطه فسد النكاح وفسخ قبل الدخول ١ هـ وعلم منه أن ذكر الصدّق أولى من نكاح التّفويض ١ هـ.

وفي الدخول الحتم للإشهاد وهو مكمل في الانعقاد

يعني أن الإشهاد بالنكاح شرط صحّة في الدخول وشرط كمال في الانعقاد، فيصحّ النكاح وينعقد بدون إشهاد بل بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج بعد كونه صحيحاً منعقدًا فيستحبّ الإشهاد عند العقد خوف موت أو ندم فإن لم يشهدا عند العقد فلا بأس ولكن لا يدخل إلّا بعد الإشهاد، فإن دخل بغير إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة ولا حدّ على الزوجين إن كان النكاح فاشياً ولو علما بوجوب الإشهاد وإن لم يكن فاشياً حدّاً ولو جهلاً وجوب الإشهاد وإذا فسخ لدخوله قبل الإشهاد فتستبرأ ثلاث حيض ولهما المراجعة إن شاءا قال في المقرّب: قال سحنون: قلت لابن القاسم رأيت الرجل يعقد نكاح ابنته البكر ولا يحضر شهوداً أنكون هذه العقدة صحيحة؟ قال نعم ويشهدان فيما يستقبلان

قوله: (والتحقيق) كلام الناس هنا يدل على أن الأمر قريب في هذا، لأن بعضهم يقول فروض النكاح وبعضهم يعبر بالشروط والملازم على ما يتوقف النكاح عليه، ففي المفيد ما نصّه: النكاح يصحّ بثلاثة شروط: ولي وصدّق وشاهدين إلخ. وفي أحكام ابن سهل: فرائض النكاح

(٥١) [أحدث صحيح]: أخرجه مسلم (١٤٢٣)، والترمذي (١٠٩٣)، والنسائي (٣٢٣٦، ٣٢٣٧)، وابن ماجه (١٩٩٠)، وأحمد في المسند (٥٤/٦، ٢٠٦)، والدارمي في سننه (٢٢١١).

وهذا إذا لم يكن دخل بها ومن الواضحة قال مالك: ومن نكح ولم يشهد لم يضره ولكنه لا يبيح حتى يشهد قال الشارح: إن المتأخرين قرروا حكم الإشهاد أنه شرط في الدخول ولا يعتبرون الشهرة التي هي خاصية النكاح في نظر المتقدمين وشدد المتأخرون في تحصيل هذا الشرط حتى كان عندهم ركن من الماهية وخلو بعض الأنكحة عنه مع وجود الشهرة مما تعم به البلوى فتحدث من ذلك نوازل كثيرة وفي كلام المتقدمين ما يشعر بأن انصراف معظم القصد في النكاح إنما هو الشهرة، ولذلك قال ابن شاس في جواهره: ولم تكن أنكحة السلف بإشهاد. وفي جواب الأستاذ سعيد بن لب عن مسائل من هذا المعنى أعني الإشهاد في النكاح أو في المراجعة من الطلاق ما نصه قد ذكر أهل المذهب أن الإعلان بالنكاح وشهرته مع علم الزوج والولي بذلك يكفي وإن لم يحصل إشهاد وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف وهذا المعنى قد حكى عن ابن القاسم اهـ باختصار. وما يناسب هذا المحل المسألة الكثيرة الوقوع في كل بلد وفي كل موضع وقد سئل عنها جماعة من الفقهاء وأجابوا عنها بأجوبة مختلفة ومن جملتهم آخر الفقهاء وقضاة العدل الفقيه النرالي أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمن الجلالي فاعتنى بالمسألة وجمع ما استحضر فيها وألف في ذلك

ثلاثة: الولي والصدوق وشاهدان وسننه إظهار إلخ. وفي الوثائق للمجموعة ما نصه: باب ما يتم به النكاح أصل النكاح الولي والمهر والشهود ورضا الزوجة غير ذات الأب وغير الأمة إلخ. وقال التيطبي: فرائض النكاح ثلاثة: الولي والصدوق وشاهدان عدل. قال ابن العطار: ورضا الزوجة غير ذات الأب البكر، قلت: وقد كان يجب أن يذكر رضا الزوج أيضاً هذا لفظه. وعبارة ابن سلمون: ولا يصح إلا بالولي والصدوق وشاهدي عدل اهـ. وقال المازري: اختلف الناس في اقتضار النكاح إلى ولي إلخ. وقال أبو الحسن على المدونة: وشروط النكاح ثلاثة: ولي وصدوق وشاهدان. وفي الرسالة: ولا نكاح إلا بولي وصدوق وشاهدين إلخ. فانظر فإنهم لم يجعلوا الصيغة والمحل فيه شرطين، ولذلك ابن الحاجب وابن راشد جعلاهما خمسة إلخ، والحطاب كلامه فيه نظر، فإنه جعل الزوج والزوجة ركنين وذلك لا يصح لأن النكاح عقد كما في حد ابن عرفة وهو معنى، والزوجان ذاتان، والركن هو جزء الماهية، والجزء هنا مخالف لماهية بدليل الحس، وبهذا اعترض ابن عرفة على ابن شاس وابن الحاجب حيث جعلوا أركان الطلاق الأهل والمحل والقصد كما هنا في النكاح فقال ما نصه: وجعل ابن شاس وابن الحاجب تابعين للغزالي الكل أركاناً له يرد بأنها خارجة عن حقيقته، وكل خارج عن حقيقة الشيء غير ركن له اهـ. لأنه حد الطلاق بقوله: صفة حكمية إلخ، فما جعله الحطاب هو التحقيق غير صحيح، ولا يقال إن الحطاب تمجيز فإن ذلك لا يصح لأنه معترض على من تمجيز ورام التحقيق، وهذا الشارح كأنه لم يشغل لهذا أو تظن وسكت والعلم عند الله تعالى، وبه تعرف ما يقال في الولي والصيغة والصدوق والإشهاد، وما ذكره الحطاب في نكاح التفويض تبع فيه ابن عرفة، ويأتي تحقيق ذلك عند قول المصنف الصدوق كالشمن، وإن نكاح التفويض الصدوق فيه موجود وإنما المتنبئ تسميته، والمضرب هو التعرض لإسقاطه، وهو قول المتن عاطفاً على ما يفسد أو بإسقاطه أي الصدوق فانهم،

تأليفاً سمّاه بالمسألة الأمليسيّة في الأئكة الإغريسيّة لأنّ السّؤال ورد من بلد غريس والأمليس الثمر الذي لا عجم له ولفظ السّؤال: سألت عن عوائد جرت ببلد غريس ونواحيها وهي أن يوجّه الرّجل أو المرأة من يخطب له امرأةً لنفسه أو لولده من المرأة أو وليّها خاطباً رجلاً أو امرأةً فيجاب بالقبول ويتواعدون للعقد الشرعيّ في ليلة البناء ثمّ يبعث للمرأة ووليّها حتّاءً وحوائج تزين بها وهدايا في المواسم ويولول النّساء عند الخطبة ويسمعون الجيران أنّ فلاناً تزوّج فلانة ويشتهر ذلك عندهم ثمّ يطرا عند البناء والعقد تنازعٌ وتنافرٌ بينهم أو موت أحد الزوجين فهل تثبت الزّوجيّة بتلك العادة ويحكم بصحّتها على المنكر وبنى عليه أحكامها من الإرث وتحريم منكوحات الآباء وحلائل الأبناء ويتنزّل ذلك كلّ منزلة نكاح التّفويض أو لا يتنوّا لنا ذلك بياناً شافياً ولكم الاجر والسّلام هـ. وفي عادة أهل فارس زيادةٌ على ما ذكر أنّه إذا حصل الإيجاب من وليّ الزّوجة يتواعد أهل الزّوجة والزّوج ليومٍ ووقت يجتمعون فيه يسمّونه كمال العطية، ويأتي أهل الزّوج معهم بمن له وجهة من الشّرفاء وغيرهم بمن له الوجاهة ويجتمعون في المسجد فيسمع الحاضرون من وليّ الزّوجة إنكاح وليّته لفلان ويسمعون من وليّ الزّوج أو بمن ناب عنه القبول ويعيّنون الصّدّاق إمّا جهاراً أو بين أولياء الزّوجين ويقرءون الفاتحة وينصرفون ولا يحضر الزّوج حيّاً ولا يشهد عليه ثمّ يقع موت لأحد الزّوجين أو ندمٌ فيحتجّ الزّوج أو ورثته بأنّه لم يحضر ويعدّي أنّه لم يوافق. فأجاب سيّدي إبراهيم المذكور بما نصّه مع اختصار ما أمكن اختصاره

حاصل ما ذكره هذا الشارح في المسألة الأمليسيّة ثلاثة أقسام، القسم الأول: النكاح ثابت فيه بلا إشكال عند القائل به. والثاني: لا ثبوت للنكاح بلا إشكال. والثالث: هو محل الخلاف. وقد رأيت الأقسام الثلاثة فيه مبيّنة، واستدل لمن قال بثبوت النكاح في محل الخلاف بمسألة الشريف المزدفري مع أن العقد فيها وقع من أخيها ولكن من غير توكيلها وهي بتيمة وقد أنكرت وقالت لم أوافق وإن فعلت ما يدل على رضاها من استعمال الحناء وما ذكر معها وهنّت وسكتت المدة المذكورة ولم تنكر إلّا بعدها، وما أجاب به البقني لا صراحة فيه إذ الإيجاب صدر من أخي التيمية، وكلامه من أوله إلى آخره يدل على ذلك بالتأمل الصادق ولا سيما قوله: إذا عظم التراكن إلخ. وابن فتوح مال إلى ثبوت النكاح بما ذكر هنا من استعمال الحناء ونحو ذلك، واستظهر هذا الشارح ما أفتى به المزدفري قائلاً: هو الموافق لمضمون قول المختصر ولو طال كثيرًا لزم، وذكر أنّه عرضه على بعض شيوخه فصوبه، والبقني علّله بعدم الإشهاد، وغيره علّل بعدم الصيغة، وهذا الشارح كأنه اعترض تعليل البقني لأنّ الإشهاد على العقد إمّا هو مستحب، هذا حاصل ما جلبه هذا الشارح، وإمّا لم أنقله بلفظه لطوله، ولكونه موجوداً عند من يريد أن يتكلم على المسألة، فأشرنا إليه إشارة إجمالية لترتب عليه كلاماً أردناه والله المعين فنقول وبالله سبحانه نستعين: ما ذكره من كون الجماعة بفاس يعيّنون الصّدّاق إلخ، إمّا تعيين الصّدّاق بفاس من غير الجماعة الذين يقرءون الفاتحة إلّا إن كان ذلك نادراً في بعض الأوقات، والمسألة الإمليسيّة لا يلجأ فيها ولا قبول صراحة، ومسألة الشريف فيها الإيجاب من أخي التيمية، وقد قال غير

وذلك أنَّ العادة المذكورة إن كانت جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه عند أهل التوثيق بحيث يرتبون على تلك الأمور من إرسال الحنء وغيرها آثار النكاح وجرت الأحكام عندهم بذلك وتقررت أنَّ الإشهاد الواقع منهم ليلة الدخول ليس هو إلا للتحصين من النزاع في قدر المهر أو أجله وحلوله، وليبان ما قبض من المهر وما لم يقبض وإنَّ قول السائل ويتواعدون للعقد الشرعي في ليلة البناء أنَّ ذلك الوعد إنما هو للتحصين المذكور فهذا لا إشكال فيه عند القائل به أنَّ تلك العادة يحكم بها ويلزم المتعاقدان بها وأمَّا إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقدة الشرعية التي يتواعدون إليها ليلة البناء وأنهم لا إلزام بينهم بما يقع من الأحوال المذكورة وأنَّ جميع ذلك أمارات على ميل كلٍّ من الجهتين إلى الأخرى وأنَّ تنجيز ذلك لا يقع بينهم إلا عند الإشهاد الذي يقع ليلة الدخول وعلى هذه الحالة تقررت عادتهم يعرفها الخاص والعام فهذا أيضاً لا إشكال في عدم اللزوم بذلك، وأنَّ تلك القرائن والأوصاف إنما هي أمارات على العقد المنبرم. والأمارات على الشيء هي غير ذلك الشيء قطعاً وإذا كانت العادة هكذا فلا يمكن أن يختلف في عدم اللزوم بتلك العوائد وعدم ترتب الآثار عليها، وأمَّا إن جهلت عادة البلد بحيث إنَّ تلك الأمور تقع بينهم كما وصف فإن سئلوا عن عادتهم هل مرادهم العقد المبرم اللازم أو الوعد والأمانة؟ وأمَّا الانبرام فإنما يقع ليلة البناء فلم يحرروا شيئاً من عادتهم فهذا هو محل الإشكال على ماذا يحمل هل على الانبرام أو الحل؟ ولعلَّ هذا القسم هو محل الخلاف كما يأتي فمن قال إنها

واحد أن مذهب ابن القاسم أن المرأة لا يحتاج إليها عند تزويجها إلى تفويضها إليه لأن الولاية حق له، يعني إذا زوجها من كفء لها وكان الولي غير الأب في البكر، انظر كلامهم في هذا عند قول المتن: ورضا البكر صمت، وإذا ثبت هذا فكيف يستدل بمسألة الشريف على المسألة الإمليسية، واستدلال هذا شارح مضمون قول المختصر: ولو طال كثير لزم كذلك لأن مسألة الشريف هي المفتات عليها، ورضاها إنما يكون بالنطق على المشهور، وقيل لا محتاج إلى نطق بل صماتها كاف وهو حتى في التوضيح، وعليه فمسألة الشريف الأخت رضيت بفعل أخيها بلا نطق منها ودليل رضاها هو ما تقدم من استعمال الحنء ونحو ذلك، فتكافأ صحيح على هذا القول الثاني، والمسألة حينئذ تكلم عليها المتقدمون أي مسألة الشريف، والمفتات عليها قيل: إنما يصح رضاها بالقرب وقيل حتى في البعد، وكلام الناس في المفتات عليها كثير، ونقلنا في الشرح عند قول المتن: ورضا البكر صمت إلى آخر تلك المسائل فلينظره من أراد فقد سقنا فيه ما فيه الشفاء، ومسألة المتن وهي قوله: ولو طال إلخ هي مسألة المفتات عليها في الحكم وإن كان المفتات عليه في هذا ذكر، وحاصل المسألتين إن وقع الرضا بالقرب ولم يقع من التعاقد إقرار بالافتات ولا رد من المفتات عليه صح النكاح، والمسألتان فيهما خلاف قوي غاية، وظاهر كلامهم أن الرضا لا يشترط فيه النطق في الذكر، وإن صرحوا بأن المشهور هو النطق في المرأة، وقدمنا قولاً بأنه لا يشترط فيها النطق، والحاصل أنه إذا تقدم عقد ووقع ما يدل على الرضا فأنكاح صحيح، وإن لم يتقدم عقد فالنكاح غير صحيح وإن كان ما يدل على الرضا حاصلًا، والصحة مع وجود الشروط الثلاثة

تتنزّل منزلة العقد المبرم يقول: إنّ الأركان المذكورة في النكاح كلّها حاصلة في الواقع بينهم بالمعنى، وأنّ ذلك أقوى في الدلالة على الإيجاب والقبول لأنّ الدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية ومن قال إنّ الإشهاد على الصّفة المذكورة متعبّد به لا يقوم غيره بما يقع ويدلّ على معناه دلالة واضحة مقامه، ولا بدّ من الصّفة المعهودة عليه يقول الأوصاف المذكورة غير العقد فلا يترتّب عليها حكم، وعلى هذا يتنزّل اختلاف فتاوى الشيوخ. فأنّى جماعة بلزوم النكاح منهم السيّد الشريف المزوغي قال في المعيار: وسئل عن نسيمة عقد عليها أخوها النكاح بغير وكالة منها له غير أنّ النّاس حضروا وطلبوه وأعطاهم وأكلوا طعاماً في الوقت وقامت الولاول وذلك منذ عامين ولم يسمعوا من البنت المذكورة إنكاراً ولا قبولاً إلى الآن وقبله بمدة أنكرت ذلك وقالت لم أوافق فقال لها زوجها الذي أراد تزويجها أرسلت إليك الحنّاء والصّابون والفاكهة في الحاجور والأعياد على عادة النّاس حين يتزوّجون ويكون ذلك في الإملاك وهل إذا ثبت هذا وشهد عليها أنّها كانت تعلم أنّ الحنّاء من عنده وكلّنا الفسكهة يكون سكوتها رضاً منها بالزّواج أم لا حتّى يسمع منها الإشهاد بالوكالة والرضا بالمهر ونقده وكالته^(٥٢) فبيّنوا لنا ذلك كلّ بياناً شافياً مشكورين ماجورين. فاجاب: الجواب والله يهدي إلى الحقّ والموقّ للصّواب عمّا ذكر أعلاه أنّ البنت المذكورة إنّ أكلت من تلك الفاكهة وغسلت بذلك الصّابون أو صبغت بتلك الحنّاء وصدقت طول المدة المذكورة فذلك كلّ يدلّ على قبولها النكاح مع أنّ تهتة النّاس لها مع سكوتها وتسميتها بامرأة فلان ولم تنكر يكفي في ذلك كلّ فهي بما ذكر زوجته والله الموقّ وكتب محبكم محمد بن

والرضا بالقرب وكلام الجواهر بأن الشهرة كافية هي فيها عقد مشتمل على إيجاب وقبول فليست من هذا القليل وإن لم يكن فيها الإشهاد المعروف عند النّاس اليوم، مع أنّ المتأخّرين لا يكتفون بالشهرة في النكاح عن الإشهاد كما في ابن النّافط، ولما ذكر ابن النّافط كلام ابن سراج الذي عمّادى على فتواه بالفسخ حيث لا صيغة قال ما نصّه: ولا يظهر أنّ مثل تلك الاتّكحة حال عن الصيغة وجه إلخ وهو ظاهر في أنّ ما خلا من الصيغة غير صحيح وهو مطلوبنا لأن الصيغة ركن ولم توجد، وإذا لم توجد فأى شيء يفيد رضا المرأة، بل لو صرّحت بالقبول لم يصحّ لخلو المسألة من الإيجاب من الولي فافهم، والذي يدان الله تعالى به هو نظر كلام النّاس وقد جمعناه في هذين المحلّين من شرحنا للمختصر لمن أراد الإنصاف والعمور على الحقّ، مع أنّ ما أتى به الشريف هو منقول في المستخرجة، وذكره غير واحد كأبي الحسن وابن رشد وابن عرفة، ونقلنا ذلك كلّ في الشرح في المحل المذكور فقف عليه إن شئت، ووجه عدم ثبوته حيث لا عقد ظاهر لعدم الركن الذي هو الصيغة وهو الذي قاله ابن سراج واستدل على الفتوى به، وقد ذكره الشيخ ميارة عند قول المتن: فالصيغة النطق إلخ، وانظر عند قول التحفة: والسبق للمالك إلخ في ترتيب الأولياء عند ابن النّافط.

أحمد الحسيني لطف الله به ١ هـ وأفتى جماعة بعدم لزوم منهم الإمام أبو العباس البقني قال في المعيار: وسئل أبو العباس سيدي أحمد البقني رحمه الله عن رجل خطب بنتاً يتيمه من أخيها واتفقوا على تزويج بعدد معلوم وحوائج معتبرة وحضروا بمجلس واحد وعمل لها طعامً وأكلوا دون أن تقع بينهم شهادة وأعطاهما أيضاً العصفه وألقتها في رأسها وعمل لها طعام أيضاً ومشى الرجل مع الفرسان في حين السفر للغزو في الأيام الماضية ومضى كيف قضى عليه وقيل إنه أسر وقام الآن أهل البنت يريدون تزويجها لغيره فما الحكم في ذلك بواجب الشرع فهل يحل العقد عليها لغيره أم لا؟ فأجاب بعد الصّدر تأملت مكتوبكم والذي يكون عليه عملكم في المسألة أن لا نكاح بينهما وبذلك جرت عادة المفتين في هذه المسألة وأنه إذا لم يقع إشهاد فلا نكاح بوجه ولا توارث ولا عدة، وذلك كله إنما هو منوط بالإشهاد. فإذا لم يكن إشهاد فلا نكاح، وقد كان شيخنا سيدي إبراهيم بن فتوح يستشكل هذه المسألة ولا سيما إذا عظم التراكن فيها مثل هذه المسألة فهذا ما عندي في هذه المسألة والسلام على سيدنا ورحمة الله وبركاته من كاتبه أحمد البقني وفقه الله ١ هـ بلفظه فقوله رحمه الله: وبهذا جرت عادة المفتين في هذه المسألة هو كذلك كما تقدم عن ابن سراج والسرطسي وأما قوله: إذا لم يقع إشهاد فلا نكاح فليُنظر مع قولهم إن الإشهاد مستحب عند العقد شرطاً في الدخول فقط، والمفتون بما ذكر لم يعلموا ذلك بترك الإشهاد، وإنما علّوه بفقد الصيغة فتأمل ذلك ١ هـ. ويأتي ذلك في شرح البيت بعد هذا وهذا ما أمكن جلبه في هذا المحل ومن أراد تبسّع المسألة وأجوبتها وما قيل فيها فليراجع التأليف المذكور المسمى بالمسألة الأمليسيّة في الأُنكحة المنعقدة على عادة البلد الإغريسيّة لسيدي إبراهيم الجاللي رحمه الله ونفع به وهو تأليف عجيب في نحو خمس عشرة ورقة في القالب الكبير. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وقد سئل شيخنا الإمام العالم الحافظ أبو العباس سيدي أحمد المقرئ التلمساني ثم الفاسي عن هذه النّارلة، وبما ذكر في السؤال أن الزوج فعل عادة أهله من تحتة يديه وجاء العيد فبعث للزوجة كيشاً وكان عازماً على البناء والعرس فاخترمته المنية فأجاب بما نصّه: أنّ هذه النّارلة اختلفت فيها آراء الائمة وفتاويهم فالذي أفتى به الشريف المزدغي أنّ مثل هذا النكاح صحيح في أحكامه ثابتة والذي أفتى به الشيخ البقني أنّه لا بدّ من الإشهاد ولا تكفي عنه الهدية والتهنئة والحناء ونحوها قالاً أنّه الذي أفتى به الاشياخ وإن استشكله الإمام ابن فتوح قالاً: إنّ مثل ذلك يكفي في انعقاد النكاح والله أعلم وكتب أحمد بن محمد المقرئ. ١ هـ والظاهر ما أفتى به الشريف من لزوم النكاح وترتيب أحكامه وهو الموافق لقولهم من روج ابنه البالغ أو أجنبياً فقد نقل في التوضيح عن صاحب النكت واللّخمي أنّه إن طال سكوته بعد عقد النكاح زاد اللّخمي وقبل التهنئة على جري العادة لزمه النكاح قال اللّخمي ويغرم نصف الصداق ولا يمكن منها لإقراره أنّها غير زوجته قال صاحب النكت: وعرضته على بعض شيوخنا فصوره ١ هـ

والى لزوم في هذه النّارة وما أشبهها أشار الشيخ خليل بقوله: وإن طال كثيرًا لزم.

فالصّيغة النّطق بما كأنكحها من مقتضى تأبّدك مستوضحا

لما عدّ الأركان جملةً، وألحق بها ما هو شرطٌ في الدّخول لا في صحّة العقد رجع إلى الكلام على تلك الأركان تفصيلاً فأخبر أنّ الصّيغة التي هي أحد الأركان الخمسة هي التّلفّظ بأنكحت وزوجت ونحوها ممّا يقتضي تمليك عصمة وليّته على التّأييد لناكحها، وأدخل الكاف على أنكحها إشارةً إلى عدم قصرها على صيغة مخصوصة قال القاضي عبد الوهّاب: ينعقد بكلّ لفظ دال على التّملك أبدأً كالبيع وقال ابن الحاجب الصّيغة من الولي لفظ يدلّ على التّأييد مدّة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعث وكذلك وهبت بتسمية الصّدّاق ومن الزّوج ما يدلّ على القبول وقال المقرئ في كليّاته الفقهيّة: كلّ عقد فالعقد في انعقاده ما يدلّ على معناه لا صيغة مخصوصة ويختلف في المحتمل حيث يقع النّكول قال الشّارح: لم تزل الفتيا صادرةً عن شيخنا أبي القاسم ابن سراج أبقى الله بركته بعدم التّواتر مهما مات أحد الزّوجين في النّكحة المنعقدة في الجهة الشرقيّة التي يتأخّر فيها الكتب والأشهاد للدّخول ويقدمون فيها ديناراً واحداً من الصّدّاق ويسمونه الموزون ويعتّل لقوله بعدم الميراث فيه بأنّه فات فيه الصّيغة وما زال الأصحاب يراجعونه في ذلك بالبحث وهو على أوّلِهِ في فتياه بذلك وإذا روجع قول المقرئ المنقول آخره وقول عبد الوهّاب المنقول أوّلاً يظهر أنّ تلك النّكحة غير خالية من الصّيغة بوجهٍ اهـ.

وربع دينارٍ أقلّ المصّدق وليس لأكثَر حدٍّ ما ارتقى
أو ما به قسوم أو دراهم ثلاثة فمهي له تقاوم
وقدرها بالدرهم السّبعيني نحو من العشرين في التّبيين
وينبغي في ذاك الاحتياط بخمسة بقدرها تناط

تكلّم في هذه الآيات على بعض ما يتعلّق بالصّدّاق أحد الأركان المذكورة وقد اشتملت على مسألتين الأولى: بيان قدر الصّدّاق كم هو باعتبار أقلّه وأكثره من الدنانير والدراهم والعروض، فأخبر أنّ أقلّه ربع دينارٍ شرعيٍّ من النّهب أو ثلاثة دراهم أيضاً شرعيّة من الفضة، أو ما يساوي ربع دينارٍ يعني أو ما يساوي ثلاثة دراهم أيضاً من العروض وأمّا أكثره فلا حدّ له لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] وعلى هذا نَبّه باليتين الأولى والثّانية: بيان كم في ثلاثة دراهم شرعيّة من الدّراهم الجارية إذ ذاك في البلاد الأندلسيّة فأخبر أنّ العشرين منها أو نحوها هو قدر الثلاثة الدّراهم الشرعيّة ومع ذلك فينبغي الاحتياط بزيادة خمسة دراهم على العشرين ليتحقّق ويتيقّن قدر الثلاثة

دراهم خوف أن يكون في العشرين نقصاً أو غشٌّ فينقص الصّدّاق عن أقلّه شرعيّاً فيزول ذلك الخوف بتلك الزيادة فقوله أو ما به قوم أي بربع دينار وهو عطفٌ على ربع وقوله: أو دراهم عطفٌ على ما وثلاثة نعتٌ للدراهم وضمير فهي للثلاثة وضمير له لربع دينار ومعنى تقاومه أي تعادله وتساويه في كونها أقلّ الصّدّاق وضمير قدرها للثلاثة دراهم وهو مبتدأ خبره نحو والإشارة بذلك للصّدّاق الذي بتلك الدراهم دلّ عليه السياق وبخمسة يتعلق بالاحتياط على حذف مضاف أي بزيادة خمسة على العشرين وبقدرها يتعلق بتناط والضمير في بقدرها للثلاثة دراهم ونائب تناط للخمسة والعشرين. قال في التّوادر ومن كتاب ابن المواد: وأقلّ الصّدّاق من الذهب ربع دينار ومن الورق ثلاثة دراهم ومن العروض (ما قيمته ثلاثة دراهم) ومن المقرّب: قلت له: رأيّت من تزوّج بعرضٍ قيمته أقلّ من ثلاثة دراهم أو تزوّج من درهمين؟ فقال لا أرى لأحد أن يتزوّد بأقلّ من ربع دينار (فإن فعل كان النّكاح جائزاً) ويقال للزوج أكمل لها ربع دينار فإن رضي وإلا ففسخ النّكاح إن لم يكن دخل بها فإن دخل بها أكمل لها ربع دينار. اهـ وقال غير واحد: تقدّر الصّدّاق بما ذكر هو مقيسٌ على أقلّ ما تقطع فيه اليد في السرقة عند مالك ابن عرفة وأقلّه المشهور ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته أحدهما وقيل أو ما قيمته ثلاثة دراهم فقط. قال الشّارح: فتخصيص الشّيخ تقويم العرض بربع دينار يدلّ على اعتماده القول الأوّل إذا لا قائل بالاقتصار على تقويم العرض بربع دينار وإنّما هما قولان: تعميم التقويم بربع دينار وبالثلاثة دراهم وتخصيص التقويم بالدراهم قال الشّارح ما معناه: إنّ بعضهم سأل عن تحقيق نصاب الزكاة بتحقيق درهمين السبعينيّ من الدرهم الشرعيّ فأجاب: وقال يتحصّل منه أنّ الدرهم الشرعيّ فيه من دراهمنا ستة دراهم وثلاثة أعشار الدرهم. اهـ ولا شك أنّك إذا ضربت ستة وثلاثة

قوله: (ما قيمته ثلاثة دراهم إلخ) أي أو ما قيمته ربع دينار كما في المختصر، وغيره، ويأتي في كلام هذا الشارح. قوله: (فإن فعل كان النكاح جائزاً إلخ) هذا نقل يقتضي أن نكاح الدرهمين جائز لا فاسد، ولكن للذهب خلافه وأن نكاح الدرهمين فاسد، ولذلك قال في المختصر: وفسد إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بهما وإنه إن دخل وإلا فإن لم يتمه فسخه. وبينا أنه فاسد في شرح هذا المحل بما فيه كفاية، والفساد يقتضي التحريم كما لا يخفى بخلاف العكس، ومن اعترض كلام المتن لتعبيره بالفساد فهو المخطئ، قف على ذلك يظهر لك ما ذكرناه عياناً، وما في نقل هذا الشارح صحيح من جهة نقله ولكن يحمل قوله: فإن فعل كان النكاح جائزاً أي ماضياً لا أنه مباح الدخول عليه وإلا فهو خلاف المذهب، ويدل لما تأولنا قوله قبله: لا أرى لأحد أن يتزوج بأقل إلخ، وكان من حق هذا الشارح أن يبين هذا مع كونه اقتصر على هذا النقل، ولكن تبع ابن الناطم في اقتصاره على ما ذكر، وإنما كان الزوج مخيراً في التماضي على النكاح رعاية لمن يقول: نكاح الدرهمين جائز ابتداء، ولأجل ما ذكرناه من فساد هذا العقد قال المتطبي عاداً للمفسد ما نصّه: فأما الفساد من قبل الصّدّاق فمسل أن يشترط فيه أو قصوره عن ربع دينار إلخ وهذا مته بلفظه، وهكذا كلام غيره بما يكثر جلّه.

أعشار في ثلاثة كان الحارِج ثمانية عشر وتسعة أعشار، فلذلك قال النَّاطِم: إنَّ قدر ذلك بتلك الدِّراهم عَشْرُونَ درهمًا بتقريب.

ومنه ما سَمِّيَ أو ما فَوُضَّ فيه وحتماً للدخول فرضاً

يعني أنَّ النكاح يكون على وجهين نكاح تسمية وهو أن يسمِّي الصَّدَاق في العقد كما يسمِّي الثمن في البيع إلاَّ أنَّه يجوز فيه من المكارمة وعدم الاستقصاء ما لا يجوز في الثمن الوجه الثاني نكاح التفويض وهو كما قال ابن عرفة ما عقد دون تسمية مهرٍ ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحدٍ وأخرج بالقيّد الأخير نكاح التَّحْكِيم.

(قال الرِّصَاع يرد عليه) ما إذا جرت عادةٌ بمهرٍ في عرفٍ ووقع العقد ولم تقع تسميةٌ

قوله: (قال الرِّصَاع يرد عليه إلخ) هذا قد لا يرد على حد ابن عرفة لأنه في حكم التسمية، وعليه فلا يدخل في قوله دون تسمية لأن التسمية فيه في حكم الوجود لأنه مدخول عليه لجري عرف أهل الزوج والزوجة، مع أن نقل هذا الشارح فيه تبر ونص ما في المعيار: سئل أي المازري عن أنكحة البادية والعادة أنهم لا يسمون صدقاتهم ولا يشهدون عليها وقت العقد لكن عند الابتداء، والعادة أن الصداق عندهم معروف مقرّر لا يزداد فيه لجمال ونحوه، ولا ينقص منه لتبح ونحوه، فهل حكمه حكم نكاح التفويض يسقط بالموت ويوجب الميراث ويسقط بالطلاق قبل البناء؟ فأجاب: إن كانت العادة بأنهما ما سكتا عن التسمية إلاَّ للعلم بها وتفاههما أن كل واحد منهما عقد عليها والتزم النكاح فليس بتفويض وهو نكاح سَمِّي صدّاقه وإن سكتا عن التسمية، والزوج غير ملتزم لها بل فوض الصداق إليه أو إليها فيفوض صدّاق المثل وهو المحدود الذي أشرت إليه، فهذا حكمه حكم التفويض في الصداق والميراث في الموت والطلاق إلخ. انظر تمامه في شرحنا صدر نكاح التفويض، وبه تعرف أن حد ابن عرفة لا يرد عليه هذا كما أشرنا إليه وتعرف ما في نقل هذا الشارح من الإجمال، وكلام المعيار هو كذلك في البرزلي. ونقل الرِّصاع أن قول اللخمي خلاف ما قاله المازري وأن هذا نكاح تفويض، وعلى كلام الرِّصاع اقتصر هذا الشارح. تحرير قول ابن عرفة في حد التفويض دون تسمية مهرٍ ولا إسقاطه إلخ ظاهره أن الساقط هو التسمية فقط لا الصداق نفسه لأنه لم يقل دون مهر، وهو الذي يدل عليه كلام الناس في الرسالة، ونكاح التفويض جائز أن يعقده ولا يذكران صدّاقًا إلخ. وعبارة للمعونة وصفته أي نكاح التفويض أن يعقده النكاح ولا يذكران صدّاقًا إلخ. وعبارة الباجي وصفته أن يصرّح بالتفويض أو يسكت عن المهر إلخ: وعبارة ابن شاس ونعني بالتفويض إخلاء عقد النكاح من تسمية المهر أو التصريح بالتفويض. وعبارة ابن الحاجب كوله غير أنه قال هو إخلاء العقد من تسمية المهر، فإن صرّح بإسقاطه فسد إلخ. وكلام الناس طويل في هذا. فظاهر كلامهم أن الذي خلا عنه التفويض هو ذكر الصداق لا نفس الصداق، ولذلك إذا تعرّض لإسقاطه فسد، وهو الذي أشار إليه في المختصر في فصل الصداق عاطفًا على ما يفسد ما نصّه أو بإسقاطه، ولذلك قال في التوضيح

فيلزم أن يكون ذلك من التفويض ونقل ذلك عن اللّخميّ ونقل المازريّ أنّ حكمه حكم التسمية ١ هـ وفي الرسالة ونكاح التفويض جائز أن يعقده ولا يذكرون صداقاً ويتحتم فرض الصداق بالدخول فلا يدخل إلا بعد فرضه وتقديره على هذا بنبه بقوله: وحتمًا للدخول فرضاً وفي الرسالة إثر ما تقدم ثم لا يدخل بها حتى يفرض لها. وفي المقرب: فإن تزوجها على عشرة من الإبل أو من البقر أو من الغنم كان لها وسط من الأستان وكذلك إن تزوجها على عبد بغير عينه ولم يصفه ولم يضرب له أجلاً فعليه عبدٌ وسطٌ حالاً وهو قول مالك فإن سموا في السرّ مهرًا وفي العلانية مهرًا قال ذلك جائز عند مالك، ويؤخذ بمهر السرّ إن كانوا أشهدوا عليه عدولاً وفي المقرب أيضاً: قلت: فمن تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً أيجوز ذلك؟ قال نعم وهو قول مالك، ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها قبل أن يفرض لها وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلا صداق لها ولها المتعة وإن مات قبل أن يتراضيا فلا متعة لها ولا صداق لها والميراث. وفيه: قلت: وأي شيء التفويض عند مالك؟ قال أن يقول الرجل أنكحناك ولم يسموا الصداق. قلت له: فلان تزوج امرأة ولم يفرض لها وقال: لا أقرض إلا بعد البناء فقال قال مالك: وليس له أن يني بها حتى يفرض لها صداق مثلها إلا أن ترضى له بدون ذلك، فإن لم ترض إلا بصداق مثلها لزمه ذلك إن أراد إمساكها. ١ هـ وفي الرسالة: إن دخل بها لزمه صداق المثل وإن لم يدخل بها وفرض لها صداق مثلها لزمها، وإن فرض لها أقلّ فهي مخيرة وفي مختصر الشيخ خليل: ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد وأخت شقيقة أو لأب وعمّة لا أم ابن الحاجب: وفيها وينظر الرجل فقد يزوج فقير لقرابته وأجنبي لماله فليس مهرهما سواءً

وكل ما يصح ملكاً بهر إلا إذا كان فيه غرر

يعني أن كل ما يصح ملكه فإنه يصح أن يكون مهرًا إلا إذا كان فيه غرر كالعبد الآبق

صدر فصل الصداق ما نصّه: وعلى هذا فالصداق موجود في نكاح التفويض وإنما المعلوم تسميته إلخ. وهو منتصر لابن عبد السلام في هذا، وبما يدل على هذا قول من يقول: إن الصداق يجب فيه بالمولود، واستدلال ابن عرفة على ضد هذا غير ظاهر، وبيننا ذلك صدر فصل الصداق غاية وتظهر الثمرة في قول عيسى كما في التوضيح ونصّه عنه: إذا زوج الأب الصغير ولا مال له نكاح تفويض ولم يفرض لها حتى بلغ فالصداق في مال الأب حياً وميتاً يريد لأن الصداق كان ثابتاً حين العقد على الأب وإنما تأخر تعيينه هذا لفظه. وقوله: حتى بلغ أي غنياً وإلا فلا معنى للبناء أصلاً، وهذا في غاية الوضوح لمن أنصف، وقد تحصل أن الصداق موجود في نكاح التفويض، فافهم هذه الفائدة فإنك لا تجهدها هكذا، ولكن انظر صدر الصداق والتفويض في شرحنا يظهر لك صدق هذا من كلام الناس.

والبعير الشارد والثمرة قبل بدو صلاحها ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه، فكذا لا يجوز كونه صداقاً وقد يفهم من استثنائه ما فيه غرر أن ما شاركه في كونه لا يباع لا يجوز كونه صداقاً وإن لم يكن فيه غرر كالضحية وأم الولد والزيت النجس وجلد الميتة ونحو ذلك. (قال ابن زرقون) في المنهج السالك: ولا يجوز أن يكون صداقاً إلا ما يجوز ملكه وبيعه وقال ابن عرفة: وشروطه كونه مستفصلاً به للزوجة متمولاً اهـ ويفهم كونه مستفصلاً به متمولاً من تحديد أقل الصداق كما تقدم فإنه مستفصّل به متمول، ولا يؤخذ كونه متمولاً من قوله: وكل ما يصح ملكاً لأن الملك أعم فقد يكون مالاً وغير مال كعصمة الزوجة فإنها ملك للزوج وليست بمال.

والمهر والصداق ما قد أصدق وفي الكتاب بالمجاز أطلقا

يعني أن العوض الذي يعطيه الزوج للزوجة ويصدقها إياه يسمى في العرف مهرأ ويسمى صداقاً، وأما إطلاق الصداق على الكتاب أي المكتوب الذي فيه الشهادة على النكاح فإنما هو بطريق المجاز لا الحقيقة قال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] قال ابن سلмон: والصداق ما يبلله الزوج للزوجة في عقد النكاح وهو المهر أيضاً وقد يسمى بعض الكتاب المكتوب التي تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقاً وذلك نحو: وإنما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح. والصداق هو المبدول اهـ.

قوله: (قال ابن زرقون إلخ) هذا شرط مركب من الملك وجوار البيع، وفي المختصر عاطفاً على ما يفسد ما نصّه: أو بما لا يملك كخمر وحر أو بإسقاطه أو كقصاص إلخ. وفي الجواهر عاذاً للمفسد ما نصّه الأول أن يكون ممّا لا يجوز بيعه لتحريم عينه أو لغرضه كالخمر والخنزير وكالآبق والشارد. وفي ابن الحاجب مثله. وفي النهاية للمتطي: أو لكونه ممّا لا يجوز تملكه شرعاً أو فيه غرر ونحو ذلك. وعبرة القاضي: أن يكون محرماً لا يصح أن يملك كالخمر إلخ. وعبرة المفيد: كل ما جاز أن يكون متملكاً وأن يكون عوضاً أي هذا شرط الجواز ويضده يكون الفساد. وعبرة الجلاب: كل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به. وعبرة الرسالة: ولا بما لا يجوز بيعه. وقد تبين أن جلد الأضحية ونحوه لا يجوز أن يكون صداقاً وإن كان تملكها يصح، فالعبرة الحسنة هو ما لا يصح بيعه لا يصح النكاح به. وعبرة ابن زرقون حسنة غاية لأن ما لا يصح بيعه قد لا يملكه المتزوج، ولكن من تزوج بمغضوب فيه تفصيل وهو قول المتن: أو بمغضوب علماء لا أحدهما. فقول الجلاب حسن أيضاً وكذا من وافقه، ولكن انظر شرحنا في المذكورين وما تقدم من منع ما فيه غرر إنما هو الغرر الكثير كما هو مبين في المختصر وغيره صدر فصل الصداق، وقول التحفة: وكل ما يصلح ملكاً إلخ ظاهر في كون الأضحية ونحوها تكون صداقاً وهو باطل، انظر نصوص الناس في ذلك الشرح، وولده لم يبحث في كلامها من هذه الحيشة، اللهم إلا أن يجاب بحمل الملك على أكمله وهو الذي يتصرف فيه بالبيع وغيره، وانظر صدر فصل القرض في

(تنبيه): المتبادر أنّ هذه المسألة من اللغة لا من الأحكام التي قصدت في النظم إنّما ذكرها لتأكد معرفتها لأهل التوثيق

ويكره النكاح بالمؤجل إلا إذا كان مع معجل

يعني أنّه يكره أن يعقد النكاح ابتداءً على صداق مؤجل أي كلّه بدليل قوله: إلا إذا ما كان مع معجل، أي إلا إذا كان المؤجل مع معجل فإن دخلا على أنّ بعضه معجل وبعضه مؤجل فلا كراهة وهو قول ابن القاسم وقال مالك بكراهته ابن الحاجب: وكره مالك المؤجل وقال إنّما الصداق فيما مضى ناجز كلّ فإن وقع شيء منه مؤخرًا فلا أحبّ طوله. ١ هـ وفي المقرّب: قال سحنون قلت له فمن تزوّج امرأة بدنانير مسمّاة نقدًا وبدنانير إلى سنة فقال قال مالك لا يعجبني هذا النكاح وليس هو نكاح من أدركنا (قال ابن القاسم: فإن وقع النكاح هكذا أجرته) وكان للزّوج إذا أتى بالمعجل أن يدخل عليها ويكون المؤجل إلى أجل.

شرحنا تطلع على أن المملوكات أقسام، وابن عرفة قال في الصداق: وشرطه كونه متفقًا به للزوجة متمولًا إلخ. وتوقف ابن النازم في جلد الميتة وجلود السباع إذا ذكيت فيه نظر، فإن جلد الميتة لا يجوز بيعه لقول المتن: وشرط المعقود عليه طهارة، وعندنا الدبغ لا يطهر الجلد وهو قول المتن: وجلد ولو دبغ إلخ مع أنّه لم يذكر الدبغ في جلد الميتة، وكيف يقول في هذا لم أر فيه نصًا، وهذا أمر عند غير خليل مما يكثر عنه، وأما جلود السباع إذا ذكيت فطهارة بدليل جواز الصلاة وهو في غير ما كتبت فتباع، وكل ما يباع يمهر وما لا يباع لا يمهر، كما رأيت فيما تقدم هنا مع كونه كلام ابن رزقون، وقد قال في المختصر: الصداق كالثمن، والعجب من هذا الشارح كيف سكت عن ابن النازم في هذا؟.

قوله: (تنبيه إلخ) هذا تبع فيه إشارة ابن النازم ولكن الأمر في ذلك قريب فلا نطيل بالكلام عليه.

قوله: (قال ابن القاسم: فإن وقع النكاح هكذا أجرته إلخ) أي أمضيته هذا هو الظاهر من الكلام. فلا دليل فيه واضح أن ابن القاسم يقول بالكراهة حيث يكون بعض الصداق نقدًا وبعضه مؤجلًا، ومع ذلك فالراجح هو الكراهة مطلقًا، وهو الذي يدل عليه قول خليل: وفي منعه إلى قوله: والأجل أي مكروه، فظاهره تأجل الكل أو البعض. وقال ابن شاس: ولو شرط الأجل في الصداق فقال عبد الملك: كان مالك وأصحابه يكرهون أن يكون شيء من الصداق مؤخرًا، وكان مالك يقول: إنّما الصداق فيما مضى ناجز كله، فإن وقع شيء منه مؤخرًا فلا أحبّ أن يطول الأجل في ذلك إلخ، وهذا منه بلفظه. واختصره ابن الحاجب فقال: وكره مالك المؤجل وقال: إنّما الصداق فيما مضى ناجز كله إلخ. فكتب عليه في التوضيح ما نصّه: «ظاهر كلام مالك كراهة الأجل مطلقًا، وقد صرح في المدونة بكراهة الأجل في بعض الصداق ولو إلى سنة، ووجهه ما ذكر من مخالفة تلك المآخذ الماضية. هـ. بلفظه. وقوله: ظاهر إلخ فيه نظر ظاهر بدليل الصراحة في

وأمد الكوالى للمعينة ستة أشهر لعشرين سنة

بحسب المهور في المقدار ونسبة الأرواج والأقذار

يعني أنه يجوز في أجل الكالئ أي المؤخر من الصداق أن يكون من ستة أشهر من يوم العقد إلى عشرين سنة وذلك بحسب ثلاثة أمور: كثرة المهر وقلة وعلى ذلك نبه بقوله بحسب المهور في المقدار، وبحسب صغر الزوجين وكبرهما وعلى ذلك نبه بقوله ونسبة الأرواج، ولو قال: وسنّي الأرواج والأقذار لكان أين وبحسب ضعة الأقذار وارتفاعها وعلى ذلك نبه بقوله والأقذار وفي الوثائق المجموعة: قال محمد بن عبد الله: قال ابن وهب رأيي فيه يعني في الكالئ العشرون سنة فما دون ذلك وما زاد على ذلك فهو مفسوخ

كلام الإمام على حساب ما نقله عنه الناس كما تراه هنا بعينك وابن عرفة قال: ويطلب كون المهر نقدًا لا مؤجل فيه إلخ. ونص المقرّب قال سحنون: قلت له فمن تزوج امرأة بدنانير مسماة نقدًا وبدنانير إلى سنة فقال: قال مالك لا يعجبني هذا النكاح إلخ. وفي النهاية للمتطي: فإذا وقع النكاح بصداق إلى أجل جاز إن كان الأجل معلومًا قرب أو بعد، قال في المدونة: ما لم يتاحش بعد ذلك، قال ابن لبابة في وثائقه: كان بعض أصحاب سحنون يقول عنه إن مالكا كره أن يكون الكالئ بعيدًا جدًا، أو قريبًا جدًا وأجاز التوسط من ذلك. قال ابن وضاح إلخ ثم قال: وكره مالك في المدونة الأجل في بعض الصداق وإن كان إلى سنة، وأجاز ابن القاسم ابتداء إلى أربع، وأجاز ابن وهب إلى خمس، وأجازة أشهب إلى اثنتي عشرة سنة وبه زوج ابنته إلخ. وكان هذا الكلام الذي في النهاية ليس هو تمامًا نحن فيه وإنما هو من جهة أخرى كم يحور من أمد الكالئ إذا وقع ونزل وهو قول المختصر عاطفًا على ما يفسد النكاح ما نصّه: أو زاد على خمسين سنة إلخ وهو مضمون البيتين بعيد هذا من التحفة، وانظر الشرح هنا يظهر لك ذلك، وقد تبين أن كراهة الأجل موجودة في الكل والبعض وهذا هو الراجح بدليل تأمل ما كتبناه، وبه يظهر أن ما مر عليه في التحفة مرجوح ولذلك قال في الشامل: وكره مؤجل ولو بعضه، وقيل: يجوز ما لم يطل إلخ، فحكى ما في التحفة بقليل وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، ويكتفي في ترجيحه على مقابله كونه قول الإمام في المدونة ونقل ما في التحفة عن ابن القاسم فيه ما لا يخفاك بدليل كلام الناس وقد رأيته، مع أن ابن رشد قال في المقدمات: ويستحب في النكاح الهضمية في الصداق وأن لا يكون فيه الأجل، وقد أخذ البياجي كراهة الأجل من حديث: «التمس ولو خائفاً من حديث» (٥٣) لأنه لو كان الأجل في الصداق لزوجه المصطفى ﷺ بمؤخره، ونحوه في ابن عرفة، ولأن الأجل فريضة للإسقاط إلخ وكان هذا في الأجل من أصله، وفي ابن سلمون تأجيل الصداق

(٥٣) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٥٠٢٩)، ومسلم (١٤٢٥)، وأبو داود (٢١١١)، والترمذي (١١١٤)، والنسائي (٢٣٥٩)، وابن ماجه (١٨٨٩)، وأحمد في المسند (٣٣٠/٥)، وصعيد الزراق في المصنف (٧٥٩٢)، والحميدي (٩٢٨)، والطبراني في الكبير (٥٧٥٠/٦)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٩٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٤/٧)، (٢٣٦، ٢٤٢).

وقال ابن القاسم: وأنا معك على هذا فأقام ابن وهب على رأيه ورجع ابن القاسم فقال: لا أفسخه إلى العشرين ولا إلى الثلاثين ولا إلى الأربعين وأفسخه فيما هو فوق ذلك ولا صيغ في العتبية يجور في العشرين فأقلّ وهو ظاهر قول ابن القاسم في المواناة (وفي المتيطية) وقال ابن لبابة في وثائقه إن كان الزوج صغيراً والزوجة صغيرة والبناء يتأخر قيد في أجل الكالئ إلى عشرين سنة ونحوها وفيها أيضاً وإنما ذلك على ما تراضى عليه الأزواج والزوجات وعلى الأقدار والحالات.

فصل في الأولياء وما يترتب في الولاية

قوله في «الأولياء» على حذف مضاف أي في أحكام الأولياء يعني من تعيين من له الولاية ومن لا ولاية له ومن ترتيبهم ومن له الجبر منهم ومن لا جبر له، ومن ذكر شروط الولي، والذي يترتب على الولاية كتوكيل المالكه والوصية من يعقد نكاح أمتها أو محجورتها، والمراد بالولي إذا أطلق ولي المرأة وهما المقصود هنا، وكذا ولي الزوج إذا كان رقيقاً أو محجوراً كما يأتي والأولياء جمع ولي وهو كما قال ابن عرفة: الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام، فبقوله على المرأة يشمل الحرّة والأمة وقوله أو تعصيب كالإخ شقيقاً أو لأب وكذا العم وقوله أو إيصاء أي من أسند إليه الإيصاء أي كان له أن يوصي أب أو وصي وقوله أو سلطنة يعني من تقرّر عليها نظر من السلطان وهو القاضي، وقوله أو ذو إسلام هو معطوف على قوله من له على المرأة وهو أهمّ الولايات.

وعاقد يكون حرّاً ذكراً مكلفاً والقرب فيه اعتبر

تقدّم أن الولي أحد أركان النكاح وذكر هنا أن الولي الذي يعقد النكاح على وليته يشترط فيه شروط وهي الحرّة والذكورية والتكليف ويندرج فيه العقل والبلوغ والقرب من المرأة المعقود عليها النكاح بحيث لا يكون ثم من هو أحقّ بعقد نكاحها منه لئلا يكون من

مكروه إلخ فظاهره الإطلاق. قوله: (وفي المتيطية إلخ) ما حكاه عن ابن لبابة ربما يكون مخالفاً لقول ابن القاسم، ففي ابن عرفة ما نصّه ابن رشد ظاهر سماع أصبغ ابن القاسم عدم اعتبار ما بقي من عمر الزوج والمشتري بالتعمير وهو قول أشهب إلخ. فما في التحفة مخالف لهذا، وصاحب المختصر قال: أو راد على خمسين سنة أي يفسد النكاح بذلك ولم يقيد، وانظر هنا كلام الناس في الشرح وتأمله يظهر لك الحق في المسألة إن شاء الله.

فصل في الأولياء وما يترتب على الولاية

إنكاح الولي الأبعد مع وجود الأقرب منه وذلك لا يجوز وفيه تفصيل قال في التوضيح: للولي ثمانية شروط ستة متفق عليها واثنان مختلف فيهما، فالسنة المتفق عليها أن يكون حراً بالغاً عاقلاً ذكراً حلالاً مسلماً أعني إذا كانت وليته مسلمة فإن كانت غير مسلمة (فلا يشترط إسلامه) لأن الكافر يجوز له أن يعقد نكاح وليته الكافرة لمسلم والاثنان المختلف فيهما أن يكون رشيداً عدلاً وتكلم ابن الحاجب عليها كلها ومراده بالرشيق القن ومن فيه شائبة حرية هـ (وقد زاد ابن الحاجب) على الناظم كونه حلالاً مسلماً رشيداً عدلاً وانفرد الناظم باشتراط قربه من المرأة كما تقدم قال مقيده عفا الله عنه: وقد كنت جمعت الشروط المذكورة في التوضيح في بيتين وهما.

شرط الولي عقد ذكورة حلال ومسلم حر بلوغ والكمال
في الرشيد قل ثم عدالة ترى وفيهما خلف وإلا لا امترا
ثم ذيلتهما بما زاد ابن الحاجب فقلت:

وكونه أقرب خوف عقد من بعد مع وجود أقرب فمن

وهذا الشرط مما يتعلق بقولهم في حق الولي: من له على المرأة تعصيب فرع اختلف في ولاية النكاح هل هي حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها له على ذلك ما عدا الأب وهو قول ابن القاسم، أو هي حق الولي فله العقد عليها من غير تفويضها وهو لابن حبيب حكاهما في التوضيح فرع: قال في المقرب قلت له رأيت إن اختلف الأولياء في عقد النكاح؟ فقال قال مالك: إن كانوا في العقد سواء نظر السلطان في ذلك وإن كان بعضهم أعدل من بعض فالأعدل أولى.

والسبق للمالك فابن فاب فالأخ فابنه فجاء النسب

فالأقربين بعد بالترتيب بحسب الدنو في التعصيب

لما ذكر شروط الولي ذكر هنا ترتيبهم إن تعددوا فأخبر أن المالك أي السيد مقدم على سائر الأولياء ثم يليه الابن ثم ابنه وإن بعد، ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد أبو الأب ولهذا قال فجاء النسب، واحتزر به من الجد للأمة فإنه لا ولاية له إلا إذا كان من العصبه ثم بعد الجد العم ثم ابنه ولذلك قال فالأقربين بعد البيت ومن في درجة واحدة كالأخوين والعمين وأبنائهم يقدم الشقيق منهم على الذي للأب ونحوه قول الشيخ خليل:

قوله: (فلا يشترط إسلامه إلخ) الأولى أن يقول هو وليها كما لا يخفى، انظره عند قول المتن: ككفر مسلمة وعكسه. قوله: (وقد زاد ابن الحاجب إلخ) هذه أمور أشار لها في المختصر

وقدّم ابنُ فابنه إلخ تبيينان: (الأول: إنّما يقدّم الابن على الأب) إذا لم يكن الأب جدّد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك فإن فعل فالأب مقدّم على الابن كما أنّ الوصي مقدّم على الابن. الثاني: بقي على المؤلف من الأولياء المولى الأعلى أي المعتق بكسر التاء وفي كون الأسفل وليّاً قولان وهو المعتق بفتحها ثمّ بعده الكافل ثمّ القاضي ثمّ ولاية الإسلام فتوكّل رجلاً من المسلمين بعقد نكاحها وفي هذه المسائل تفصيل وذلك إذا تعدي على الولي فزوج المرأة غير من له تزويجها فأمّا أن يتعدّى عليه أجنبيّ أو وليّ أبعد منه والوليّ الذي تعديّ عليه إمّا مجبر أو غير مجبر، انظر التوضيح، وفي ولاية الكافل فروغ فمن أراد ذلك (فعليه بالمطوّلات). وقد أطال الشارح هنا بجواب سؤال مثل عنه الأستاذ أبو سعيد بن لبّ (وهو أنّ صبيّة زوجها خالها) مع وجود عمّ شقيق لها وعلمٌ بالنكاح وفهم منه الرضا به ولم يعقده هو ولا وكلّ على عقده والصبيّة دنيّة وبنى بها زوجها وأقام معها نحو أربعة أشهر ثمّ طلقها ثمّ أراد مراجعتها عند القاضي فرأى أنّ النكاح مفسوخٌ فردّ المرأة إليّ صدقاً مثلها وألغى الطلاق الواقع ولم يعتدّ به فأجاب بأنّ هذا النكاح عقده وليّ عامّ مع وجود وليّ خاصّ، قال ولا اعتبار برضا العمّ إذا لم يتولّ العقد، ولا قدّم من يتولّاه ذكر ذلك ابن الحاج في نوازله في نكاح عقد الحال مع حضور الأخ الشقيق ورضاه دون تقديم منه فقال: ليس حضور الأخ عقد النكاح ورضاه بعقد الحال بشيء وحضوره كفيته إذا لم يتولّ العقد ولم يقدّم، وإنّما يرد أن يتولّى العقد أو يقدّم غيره. وأمّا إن تولّى غيره بغير استخلافه فلا، وإن كان هو حاضراً فهو كعدمه ثمّ ذكر أنّها إذا كانت قد بلغت واستؤمّرت ففي المسألة ستّة أقوال في المذهب الخيار للوليّ في إمضاء النكاح أو فسخه بحسب ما يراه لوليّته إلّا أن يطول وتلد الأولاد فيمضي النكاح ماضٍ بالعقد. يفسخ وإن أجازه الوليّ الدخول فوت.

بقوله: كلّي رق إلخ. ثم قال: وعقد السفينة ذو الرأي بإذن وليه. قوله: (الأول إنّما يقدّم الابن على الأب إلخ) هذا في الوثائق المجموعة كما في ابن النازم وابن عات، وذكر هذا الأخير الخطاب، والمراق أشار لذلك قبل الخطاب، ويظهر هذا من قولهم: الوصي يتقدم على الولي من النسب، ومن هناك تعرف صحة هذا القول فانظر البيت بعد هذا وهو قول النازم:

وللوصي العقد قبل الأولياء وقيل بعدهم وما إن رضيا

فإنه صريح في هذا القيد، فإن الوصي إمّا يكون على المحجورة، إذ الكلام في ذات الابن، وإذا قدّم الوصي فالأب أخرى بالتقديم على غيره ومن جعلته الابن فافهم، فإن هذا القيد لم يبق على النازم، وقد قال في المختصر: وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً أي الأب، أي ولا كلام للابن فيها وهو مشعر بتقديم من ذكرنا في النازلة فافهم. قوله: (فعليه بالمطوّلات) كلام خليل وشرحه كاف في هذه المسائل. قوله: (وهو أنّ صبيّة زوجها خالها إلخ) انظر ما قدّمنا في المسألة الإلمسية قبل نكاح التفويض.

يفسخ أبداً وإن تطاول وولدت الأولاد. والتفرقة بين الدنية فيصح وينظر في ذات القدر، واختار الشيخ أبو الحسن اللحمي أنه نكاح صحيح العقد بولاية صحيحة لكن تعلق به حق لولي آخر قال ومما يؤيد ذلك تفرقة مالك على المشهور من قوله بين الدنية وغيرها، فثبت بهذا أن ذلك في ذات النسب من حق الولي لا من حق الله تعالى، فإن وضعت نفسها فيمن هو كفاء لها مضى نكاحها وتقوى صحة النكاح في هذه التأولة بثلاثة أوجه: أحدها: أن المرأة دنية والثاني: أن الحال قد قيل فيه أنه ولي من أولياء النسب، وكذلك الأخ للأُم ذكر أنها رواية لعلبي بن زياد. والثالث: أن رضا الولي الأقرب وعلمه مما يسقط خياره على القول بأن له الخيار فلا يبقى له في النكاح مقال بعد أن علم به ورضيه ذكره في الوثائق المجموعة وغيرها انظر تمام كلامه ونقل في آخره عن عبد الملك بن حبيب أنه إذا كان الولي الأقرب حاضراً يعلم أن غيره عقد على وليته فلم يتكلم ولم يغير فإن ذلك يحمل منه على الرضا والتسليم وهو خلاف ما تقدم عن ابن الحاج وفي مختصر الشيخ خليل: وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر فتعبيره بالصحة يؤذن بعدم جواز الإقدام عليه ابتداءً وضمير بها في كلامه للولاية العامة.

(وللوصي العقد) قبل الأولياء وقيل بعدهم وما إن رضيا

وبعض استحب للوصي أن يسند العقد إلى الولي .

يعني أن وصي الأب أولى بالعقد على محجورته من أوليائها وهو مقدم عليهم، وقيل إنهم مقدمون عليه. قال الشارح: وهو قول ابن الماجشون واستحب بعضهم وهو ابن السليم للوصي أن يسند العقد حتى يخرج من هذا الخلاف وإليه أشار بالبيت الثاني. قال في الوثائق المجموعة: واختلف أهل العلم في إنكاح ذات الوصي من قبل الأب فقال مالك: إن الوصي أولى بإنكاحها من الأولياء فإن زوجها أحد الأولياء بغير إذن الوصي فسخه الوصي ما لم تطل وتلد الأولاد وقال ابن الماجشون الولي أحق من الوصي وكان يحيى بن سعيد يرى على الوصي مشورة الولي ولذلك كان ابن السليم قاضي قرطبة يتحرى الخروج من الخلاف فيأمر الوصي أن يقدم الولي للعقد اهـ وفي المقرب أن وصي الوصي كالوصي وإن تعدد ثلاثاً ورابع وأكثر قال: وهذا كله إن بلغت المحيض، وأما إن لم تبلغ فلا

وقول الناظم: (وللوصي العقد إلخ) حاصل ما كتبه في الشرح على قول المتن: وجبر وصي إلى قوله: وهو في الشب أن الرشيدة الثيب قول سحنون لا ولاية للوصي عليها، وقول أشهب وهو الذي قال فيه ابن حبيب هو قول مالك وأصحابه المصريين والمندنيين أن الوصي أولى من الأولياء فيها، وقول أصبغ وهو منسوب الكتاب كلاهما ولي أي الوصي والولي إلخ، وبه تفهم ترجيح القول بتقديم الوصي في المحجورة التي لم تخرج إلى الرشد، ولكن نقلناه كلاماً كثيراً في المسألة.

يزوجها إلا الأب وحده وقال ابن أبي زمنين الوصي الذي لا يزوج الصغيرة قبل بلوغها ولا البالغ إلا بأمرها هو الوصي الذي لم يأمره الأب بالتزويج، وأما إن قال له زوج ابنتي قبل بلوغها أو بعده فيجوز للوصي تنفيذ ما أمره به الأب، فذلك يقص الموثقون في عقود الإيضاء أنه جعل له إنكاح الأنثى قبل البلوغ ويعدنه جبراً من غير كشف ولا استثماراً هـ.

والمرأة الوصي ليست تعقد إلا بتقديم امرئ يعتمد

إذا كانت المرأة وصياً أي على أنثى فلا يجوز لها أن تبأشر عقد نكاحها لأن من شرط الولي الذكورة وإتاما تقدم رجلاً يلي العقد على المحجورة المذكورة وذكر المسألة في سياق الولي من جهة المرأة يدل على أن المراد هنا بالوصي على أنثى (وأما الوصي على ذكر) فتعقد له كما يأتي في قوله:

والعبد والمرأة حيث وصيا وعقدا على صبي أمصيا

ففي المقرّب: قلت له: أيجوز للمرأة أن تعقد النكاح على ابنتها؟ فقال: قال مالك: لا تعقد المرأة النكاح على ابنتها ولا على أحد من النساء إلا أن تكون وصياً فيجوز لها أن تستخلف من يزوجها وإن استخلفت أجنبياً جاز (وإن كان أولياء الابنة حضوراً) قال ابن يونس: ولما كانت المرأة لا تعقد على نفسها كان عقدها على امرأة غيرها أخرى أن لا يجوز فقد قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها»^(٥٤) ويلحق بالمرأة الوصي المرأة المالكة تريد تزويج أمتها (والكافلة في مكفولتها) والمعتقة بكسر التاء في معتقتها والعبد الوصي على أنثى فلا بد من توكيلهم من يعقد على الأنثى. وفي التوارد: إذا عقد العبد نكاح ابنته الحرة أو غيرها وأجاز ذلك ولاتها أو كان يأذنهم أو عقد نكاح أمته والمرأة نكاح

وقوله: (وأما الوصي على ذكر إلخ) هذا هو المشهور، وقال ابن رشد في الفرق بين الأمرين ما نصّه: إن الولي المعتبر في صحة النكاح إنما هو الولي الذي من قبل المرأة لقول عمر رضي الله تعالى عنه: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، فإذا زوجت المرأة أو العبد من إلى نظرهما الذكور لم يقع النكاح إلا بولي، لأن الأولياء المعتبر بهم في صحة النكاح أولياء الزوجات لا أولياء الأزواج وهذا بين لا إشكال فيه إلخ. وهذا منه بلفظه: وعلل ذلك أيضاً بأن الذكر يحل على نفسه ما عقد عليه بالطلاق ولا كذلك الأنثى، ولأن المرأة لا تزوج المرأة كما في الحديث ولم يرد ذلك في الرجال، وأنها لا تزوج الذكران، قف على هذه الأمور وأريد في الشرح.

قوله: (وإن كان أولياء البنت حضوراً إلخ) هذا فيه كلام طويل فأنظره في الشرح إن شئت عند قول المتن: وولدت مالكة ووصية ومعتقة وإن أجنبياً إلخ. قوله: (والكافلة في مكفولتها) هذا

(٥٤) [حديث صحيح]: أخرجه ابن ماجه (١٨٨٢)، والدارقطني في سننه (٣٥٠٠، ٣٥٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٠/٧)، وصححه الشيخ الألباني في الإرواد (١٨٤١).

ابتها أو ابنة غيرها فلا يجوز ويفسخ قبل البناء وبعده، وإن ولدت الأولاد وطال الزمان وأجاره الأولياء أو كان يؤذنها كان لها خطبٌ أو لم يكن ويفسخ بطلقة ولها المسمى إن دخلت وكذلك إن كانت المرأة وصيةً على التي عقدت عليها أو كان العبد وصياً قال مالك: الأولى للمرأة الوصية أن تولي أجنبياً على العقد فيجوز وإن كره الأولياء وكذلك العبد الوصي قال أصبغ: (ولا ميراث فيما عقدته المرأة) أو العبد إن فسح بطلاق لضعف الاختلاف فيه قال ابن القاسم: وكذلك عقد كل من فيه بقية رق بكتابة أو يعتق بعضه كعقد العبد، وأما العبد يعقد على نفسه فذلك جائز يريد بإذن سيده اهـ وأنظر قوله: إلا بتقديم امرئ يعتمد حيث وصف امرئ بجملته يعتمد هل مراده أنه لا يوكّل إلا من يعتمد في الولاية (باجتماع شروطها) فيه أو غير ذلك.

والعبد والمحجور مهتما نكحا بغير إذن فانفساخ وضحا
وربع دينار لها بما استحل منها إن ابتى وذا به العمل
وإن يمت روج فإلّا إرث هدر والعكس للحاجر فيه النظر

يعني أنّ العبد القنّ وكذا كل من فيه شائبة رق من مكاتب وغيره إذا تزوج بغير إذن

غير صحيح؛ لأن الكافة لا ولاية لها على الراجح وإنما الولاء للكال، ولذلك قال في المختصر: فكافل أي ذكر كافل. وقال ابن رشد على ابن الحاجب: المرأة الكافة ليس لها أن توكل وهي في ذلك بخلاف الرجل إلخ. وقال ابن رجب في هذه المسائل لا مدخل للنساء في هذا إلخ. ولذلك قال أبو عبد الله الفشتالي: قال ابن رجب إن المرأة إذا كفلت يتيمة لم يكن لها تزويجها إلخ. وقد أشار ابن غاري لهذا، وإن اقتصر المصنف هنا على الثلاث مخرج للكافة والمعتقة بالفتح والأخت إلخ، وهذا هو الحق، فلله در المصنف في هذا الاختصار العجيب والاقتصار الغريب، وما ذكر من الخلاف في الكافة ضعيف، وصاحب المختصر لم يعبا به فلذلك لم يحكه وإن ذكره في توضيحه، لكن اقتصر ابن رجب وابن راشد والفشتالي على ما ذكر كاف في ترجيحه، لا سيما وقد قرّر به ابن غازي، وابن النازم لم يذكر الكافة أصلاً هنا. قوله: (ولا ميراث فيما عقدته المرأة إلخ) انظر تحقيقه عند قول المختصر: وإنكاح العبد والمرأة فإنه وقع فيه خطأ كثير. قوله: (باجتماع شروطها) صحيح وقد بيّناه في الشرح.

تنبيه: قال ابن ناجي في شرح المدونة على قولها: ولكن تستخلف رجلاً يعقد عليها النكاح إذا كانت رصية ما نصّه: ظاهرها أنها تكون جارية إذا أوصى لها بذلك وتوكل على العقد، وإليه ذهب بعض شيوخنا، وقيل تستخلف من يجبر ويعقد قاله شيخنا أبو مهدي إلخ، ولكن يظهر هو الجبر لأن توكلها في العقد منع من أجل حديث: «إن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها»^(٥٥) وأما

سيده والمحجور أي البالغ بدليل ذكره للصبي بعد إذا تزوج بغير إذن وصيه (ثم علم الوصي أو السيد) بذلك فإن النكاح يفسخ وظاهره أن الفسخ معتبر متعين لا خيار للمحاجر فيه أما مسألة العبد ففيها قولان: المشهور أن السيد يخير بين فسخ النكاح وإمضائه وقال أبو الفرج: القياس الفسخ لأنه نكاح فيه خيار وهما على الخلاف في الخيار الحكمي هل هو كالشرط أم لا؟ الباجي: وقول أبي الفرج عندي هو الصحيح وانظر هل يتخرج هذا القول في السفيه؟ قاله في التوضيح وأما مسألة المحجور فلم يذكر في التوضيح إلا أن له الخيار إلا ما أشار إليه من تخريج القول الذي في العبد في السفيه فقول الشيخ فانفساخ وضحا يعني إن شاء وإن شاء أمضى هذا في المسألتين معاً (إلا أن في الأولى قولاً منصوباً بتحتم الفسخ) فإذا رد السيد أو الوصي النكاح فإن كان قبل البناء فلا شيء للزوجة (للقاعدة أن الصداق يسقط بالفسخ) قبل البناء وإن رده بعد البناء فترد الزوجة الصداق وليس لها منه إلا قدر ما يستحل به الفرج وذلك ربع دينار، وإلى هذا أشار بالبيت الثاني. ثم ذكر في البيت الثالث أنه إذا مات الزوج بقسميه يعني للمحجور الحر أو العبد قبل فسخ النكاح (فيتعين الفسخ) ويسقط الصداق ولا يرث للزوجة منه وعلى ذلك نبه بقوله: فالإرث هدر على أنه إنما يتوهم الإرث في موت المحجور لا في موت العبد لأنه لا يرث ولا يورث وإذا ماتت زوجة المحجور وهو مراده بالعكس فينظر حاجره بالأصلح له، فإن رأى أنه يرث منها أكثر مما يعطي من الصداق فيمضي النكاح ولا يردّه، وإن رأى أنه يرث أقل مما يعطي من الصداق

الجبر فتكون فيه مخيرة بين أن تحجر هي أو توكل عليه، لأن الجبر يصح فيه التوكيل لأنه يقبل النيابة، وبدليل أن الأب على جبر البكر ويوصي به هذا هو الحق والعلم عند الله تعالى، ولم يظهر ما ذكره ابن ناجي من الخلاف تأمله منصفاً.

قوله: (ثم علم الوصي أو السيد إلخ) كان من حقه أن يزيد أو الأب لأن المحجور يكون حاجره أباً أو غيره، وقد قال في المختصر: ولولي سفیه فسخ عقده إلخ، وقد قال في المحجر: والولي الأب إلخ. قوله: (إلا أن في الأولى قولاً منصوباً بتحتم الفسخ إلخ) هذا في التوضيح كما ذكره، ولكن المسألة تحتاج إلى بسط أكثر من هذا وكلام الناس في هذا طويل. قوله: (للقاعدة أن الصداق يسقط بالفسخ إلخ) صحيح وذلك قال في المختصر: ولولي سفیه فسخ عقده إلخ، فعبر بالفسخ ليشعر أنه لا شيء للزوجة إن لم يكن دخول، وقد قال في المختصر: وسقط بالفسخ قبله أي في النكاح الفاسد وغيره كهذا ونكاح العبد فإن النكاح فيهما صحيح بدليل تخيير السيد والولي في الفسخ والإمضاء على المذهب. قوله: (فيتعين الفسخ) ظاهره أو نصّه أن تعين الفسخ في العبد والمحجور، وإنما ذكره خليل في مختصره في المحجور وكذلك غيره ذلك هو الحق، لأن الفسخ إنما يتعين في مسألة السفيه لأن لئال الغير الولي، أما في العبد فاللأل لسيد له أن يهب لمن يشاء فكيف بهذا المضي الذي هو ضد الفسخ الذي نقول بتعينه فافهمه بإنصاف، وكلام ابن الناطم فيه إيهام قليل، ولعله هو متبوع هذا الشارح.

فيفسخ النكاح ويردّه إذ لا مصلحة للمحجور في إضائه، ولم يتكلم على ما إذا ماتت زوجة العبد الذي تزوّج بغير إذن سيّده قبل أن يفسخ السيّد أو يمضي لأنّ العبد لا يرث ولا يورث فلا فائدة في إضائه والله أعلم. قال في المنتخب: قال سحنون: قلت لابن القاسم فإن تزوّج الصّغير بغير إذن أبيه فأجازه الأب أيجوز؟ قال نعم إذا كان على وجه النّظر له وإن فرق الولي بينهما لم يكن على الصّبي من الصّدق شيء وإن كان مثله يقوى على الجماع قال ابن أبي رمنين: والسّقيّة الكبير بمنزلة الصّغير تزويج أبيه إياه جائز عليه رضي بذلك السّقيّة أو سخطه، وكذلك وصي أبيه وخليفة السّلطان عليه الذي يوكّله على النّظر في ماله وهو من أصل قول مالك، وفي سماع أصبغ مثل ابن القاسم عن السّقيّة يتكبح بغير إذن وليّه ثمّ ماتا أيتسوارثان؟ قال: إن مات هو فلا ترث وإن ماتت هي فالنّظر لوليّه إن أراد أن يثبت النكاح ويأخذ الميراث أحله، وإن أراد أن يردّه وتركه ومن المنتخب أيضاً قلت له يعني لابن القاسم فلو أنّ عبداً تزوّج بغير إذن سيّده فأجازه السيّد أيجوز؟ قال نعم قلت: فإنّ فسّخه بالبتات أ يكون ذلك له؟ قال نعم لأنّه لما نكح بغير إذن السيّد صار الطلاق بيد السيّد اهـ. وفي التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب فلو تزوّج العبد بغير إذن سيّده ما نصّه باختصار على المشهور يفسخ بطلاق لصحّته وعلى قول أبي الفرج بغير طلاق قاله اللّخمي، وعلى الطّلاق فمحله عند مالك إن لم ينو عدداً على واحدة واختلف قوله إذا طلق طلقين فقال مرة ذلك له وقال مرة لا يلزمه إلا واحدة لأنّ الواحدة تبيّنها وهو أحسن واستحسن أن تكون له الرّجعة إن عتق في العدة اهـ وذكر ابن يونس أنّ أكثر الرّواة رويوا لزوم واحدة فقط قال غيره وهو اختيار الجمهور. اهـ وفي مختصر الشّيخ خليل: وللسّيّد ردّ نكاح عبده بطلقة فقط باتّة.

وعاقدٌ على ابنه حال الصّغر على شروطٍ مقتضاةٍ بالنّظر

إن ابنه بعد البلوغ دخلاً مع علمه يلزمه ما حملاً

وحيث لم يبلغ وإن بنى فما يلزمه شيءٌ وهبه علماً

والحلّ بالفسخ بلا طلاق إن ردّ ذلك وبلا صدق

يعني أنّ من عقد النكاح على ابنه الصّغير على شروط اقتضى نظره الدّخول عليها لما رأى له في ذلك النكاح من الغبطة والمصلحة كطلاق من يتزوّج عليها أو عتق من يتسرى عليها ثمّ بلغ الابن ودخل بالزّوجة علماً بتلك الشّروط فإنّها تلزمه، وأمّا قبل بلوغه فلا تلزمه دخل أو لم يدخل علم أو لم يعلم وكذا لا تلزمه إن بلغ ولم يدخل غير عالم بالشّروط وحيث لم يلزمه النكاح في وجه من هذه الوجوه وأراد حلّه عن نفسه فإنّه يفسخ بلا طلاق وبلا صدق. قال في المنتخب: روى ابن مزين عن أصبغ أنّه قال قال ابن القاسم

ما كتب الأب (على ابنه الصغير) عند النكاح من الطلاق والعقاق فإذا بلغ الابن وعلم بذلك ودخل بعد علمه لزمته الشروط، وإن دخل قبل أن يعلم لم يلزمه منها قليل ولا كثير فإن علم قبل أن يدخل فهو بالخيار إن شاء دخل على الشروط وإن شاء فسخ النكاح عنه ولم يلزمه شيء وكذلك عن بعض أهل العلم وهو رأيي والذي أستحسنه - هـ - ونقل في التوضيح في الصغير يزوج نفسه أو يزوجه وليه بشروط فبلغ وكرهها قولين أحدهما: لزوم النكاح بشروطه والثاني: التخيير في الفسخ والإمضاء قال والقول باللزوم لابن وهب في العتبية وبعدم اللزوم لابن القاسم في الموارية وعلى عدم اللزوم فهل تسقط مطلقاً أي ويصح النكاح وهو قول ابن العطار أو يخير في التزامها ويثبت النكاح وعدم التزامها ويفسخ النكاح وهو ظاهر قول ابن القاسم. وإذا فسخ فهل بطلاق الباجي وهو ظاهر قول ابن القاسم أو بغير طلاق وهو ظاهر قول أصبغ وعلى الطلاق فهل عليه نصف الصداق وهو قول ابن القاسم في الكتاب أم لا وهو قوله في المجالس. بعض الموثقين: وعلى الأول العمل، وقال بعضهم العمل على الثاني ثم الفسخ بطلاق أو بغيره إنما هو إذا تمسكت المرأة بشروطها، وأما إن رضيت بإسقاطها فلا وإذا أسقطت فلا كلام لأبيها ولو كانت محجوراً عليها، ورأى ابن العطار أن ذلك في الحجر للأب ولو طلق قبل علمه بالشروط ففي لزوم نصف الصداق قولان، ثم نقل عن ابن راشد وهذا كله إذا لم يحصل الدخول وإن دخل فإما أن يدخل بعد بلوغه أو قبله فإن دخل بعد بلوغه لزمته الشروط إن علم بها. ابن القاسم: وإن ادعى أنه لم يعلم بها فالقول قوله مع يمينه وقال ابن العطار: لا يقبل قوله في ذلك وتلزمه بدخوله وأما إن دخل قبل البلوغ فذكر التيطي وغيره أن الشروط تسقط عنه وإن علم بها (لأن المرأة

قوله: (على ابنه الصغير) ظاهره كظاهر النظم أنه لا دخل للوصي في هذا، وكذا المقدم من القاضي، وصاحب المختصر قال: ولولي صغير فسخ عقده بلا مهر ولا عدة وإن زوج بشروط وأجيزت وبلغ وكره فله التطبيق، وفي نصف الصداق قولان عمل بهما، والقول لها أن العقد وهو كبير - هـ - فقله: ولولي يدخل فيه الأب والوصي والمقدم كما لا يخفى، وهذا الشارح حل كلام الناظم بخصوص مع كونه نقل كلام التوضيح وهو قوله في الصغير: يزوج نفسه أو يزوجه وليه بشروط إلخ. وقد قال ابن يونس ما نصّه: وإن تزوج الصغير واشترط عليه شرط فأجار ذلك وليه إلخ. ونقلنا في شرحنا هذا عن القاضي إسماعيل وغيره وهو في ابن فرحون على ابن الحاجب وغيره من الشروح، ولكن الناظم تبع من عبر بالأب ولا ينبغي له ذلك، وقد أحسن ابن الناظم حيث قال في حل النظم ما نصّه: الصغير المعقود عليه النكاح في حال صغره على شروط ألزمه عاقده الحائز العقد عليه إياها على وجه النظر له لا يخلو إلى آخر التفصيل المذكور هنا، ومن المعلوم أن الولي يشمل الثلاثة من أب ووصي ومقدم، بل هؤلاء الثلاثة يجبرون الصغير على النكاح وهو قول المتن: وجبر أب إلخ. ويأتي في كلام المدونة هنا دخول الوصي في هذا وهو يشمل المقدم لذلك، يقال وصي من قبل القاضي وغير هذا لا يلتفت إليه على تقدير من يقول به.

مكنت) من نفسها من لا تلزمه الشُّروط وقال ابن بشير: ولو دخل الصبيّ وقد بلغ عالمًا بالشُّروط فهل تلزمه أو لا؟ قولان وإن دخل قبل العلم فتلاثة أقوالٍ تلزمه ولا تلزمه يخير الآن اهـ.

فصل فيمن له الإيجاب وما يتعلق به

ثبوت النكاح والمالك معًا للآب الإيجاب بها قد منعنا
كما له ذلك في صغار بناته وبالع الإيجاب

قوله: (لأن المرأة أمكنت إلخ) ظاهره ولو كانت صغيرة، وقد قال ابن ناجي في شرح المدونة ما نصّه ابن عبد السلام سقوط المهر ظاهر إذا كانت نكحًا، وفي هذا نظر إن كانت بكرًا، ولا سيما إن كانت صغيرة واقتضها، فينبغي أن يضمن لها ما شأنها كما يضمن ما أفسد أو كسر إن تعذر الرجوع على الناظر لها، واحتجاجة في المدونة بقول مالك فيمن بعث يتيماً في طلب أبى لا ينهض لأن مسألة العبد فيها تسليط من المالك له، ولا تسليط في مسألة النكاح إذا كانت صغيرة إلا من غير المالك ولا يلتفت إليه والله أعلم. وما ذكره يرد بأن تسليط الأب كتسليط رب الأبى لانه المجبر لها، قاله شيخنا أبو مهدي اهـ. بلفظه. ومسألة الأبى هي قول التهذيب: باب نزلان تزوج صبي بغير إذن أبيه أو وصيه ومثله يقوى على الجماع، فإن أجزاه من يلي عليه جاز كييعه وشرائه يجيزه على وجه النظر، وإن رأى فسحه فإن فسحه قبل البناء أو بعده فلا صدق لها، وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيماً في طلب أبى فأخذه وباعه وأتلف الثمن أن لرب العبد أخذه ولا عهدة على اليتيم ولا ثمن بخلاف ما أفسد أو كسر، هذا لفظه من النكاح الأول، وكتب عليه أبو الحسن كلاماً حسناً ومن جملته قوله قال بعض الشيوخ يؤخذ منه أن للآب أن يوكل ابنه الصغير على البيع والشراء أي من قوله: جاز كييعه وشرائه، قال الشيخ: ويسوغ الاشتراء منه. وقوله: فلا صدق لها لأن وطأه وظاهره وإن اقتضها وإنما لا يكون عليه ما شأنها لأنها سلطته، هذا لفظه في هذا، وقد نصوا أن المحجور إذا عامل محجوراً فأتلف ما عامله به أن يرجع على المتلف، انظره في كتاب الوديعة عند قول المصنف: وإن أودع صبيًا. وكلام التوضيح قريب من كلام أبي الحسن، وفي كلام المواق شيء وكذا كلام خ. وكلام أبي الحسن هو المتبع هنا، وما في الوديعة يدل لابن عبد السلام لولا أن المجبر هنا دفع البنت هنا جبراً عليها، ولكن كلام ابن عبد السلام حيث قيّد الأخذ من الزوج يعتبر الأخذ من الولي ظاهر، إذ الزوجة على ما قاله ابن ناجي يضيع حقها مع كونها لا تسليط منها للزوج لأن تسليطها كلا تسليط بدليل مسألة الوديعة، والولي لا يضيي تصرفه إلا بما فيه مصلحة والأخذ منه تعذر فافهمه منصفًا، بل قول أبي الحسن لأنها سلطته هو دال على أن الملسط يعتبر تسليطه وذلك في الرشيدة اهـ.

فصل فيمن له الإيجاب وما يتعلق به

ويستحب إذنهما والسيد بالجبر مطلقاً له تفرد

ترجم لمن له الإيجار على النكاح من الأولياء، ومعلوم أن الأب ممن يجبر ولما كان لا يجبر في القليل من الصور قدم الكلام عليه ليتفرغ لصور الجبر فأخبر أن الأب يتمتع بإجباره في صورتين: إحداهما: الثيب بنكاح صحيح أو فاسد كما يصرح به بعد في قوله وكالصحيح ما يعقد فاسد. مع كونها حرة بالغة فلا جبر للأب عليها الثانية: الأمة البالغة الثيب بوطء السيد إذا اعتقت ولها أب حر فلا يجبرها أيضاً، وعلى هاتين المسألتين نبه بالبيت الأول فقوله: والمملك بالخفض عطف على النكاح مدخول لثبوتية وضمير بها للثبوتية والباء سببية أو بمعنى مع وبذلك الثانية بعد الأولى يظهر أنه قليل الجدوى (ويحتمل) أن يرفع بالعطف على ثبوتية والمعنى أن المملك يمنع الأب من الإيجار ثيباً كانت أو بكرًا، فالحر الذي له بنت مملوكة لا جبر له عليها وإنما يجبرها سيدها كما يصرح به في قوله: والسيد بالجبر مطلقاً له تفرد وضمير بها على هذا الاحتمال يعود على الثبوتية والمملك بتأويلهما معاً بالصفة. وقوله كما له ذلك في صغار بناته الإشارة للإيجار يعني أن للأب أن يجبر بته الصغيرة التي لم تبلغ يعني سواء كانت بكرًا ولا إشكال أو ثيباً بأي شيء كانت ثبوتية وقوله: وبالمع الإيثار أي وكذلك للأب جبر ابنته البكر البالغ ثم أخبر في البيت الثالث أن الأب وإن كان يجبر البكر البالغ (فإنه يستحب له إذنهما) ثم أخبر أن السيد أي المالك انفراد بوصف عن سائر الأولياء وهو الجبر لمملوكه مطلقاً أي يجبر الذكر والأنثى بالغين أو غير بالغين بكرًا كانت الأنثى أو ثيباً وهذا مراده بالإطلاق وفي طرر ابن عات: الثبوتية التي تسقط الإيجار على النكاح ما كانت عن نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فسادها أو على وجه المملك كان ذلك المملك بوجه صحيح أو فاسد. وفي معين الحكام لابن عبد الرقيق: الثيب الصغيرة إذا رجعت للأب قبل البلوغ فله إجبارها على النكاح ويزوجها كما يزوج البكر وفي المدونة: قال سحنون: قلت لابن القاسم أبجور للرجل أن يجبر ابنته

قوله: (ويحتمل إلخ) فيه بحث من وجوه، الأول: إفراد ضمير بها وتانيته. وثانيها: إيهام أن الأب ولي في الأمة لأنه إنما نفى الإيجار ونفى الاختصاص لا يستلزم نفي الأعم. ثالثها: شبه تكرار مع قوله في النظم والسيد بالجبر إلخ، ولكن الأمر قريب في هذا. قوله: (فإنه يستحب له إذنهما إلخ) هذه المسألة فيها خلاف قوي، فقبل لا يستحب إذنهما، وقبل يستحب، واستوفينا ذلك عند قول المتن: ثم أب وجبر للمجنونة. ولكن في الموطأ ما نصه: إن ابن القاسم ومالكاً كانا لا يستأمران بنتيهما، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا إلخ، وهذا دليل على عدم الندب، واخليل في مختصره لم ينص على هذا الندب صراحة ولا يلزم ذلك من قولهم: إذن البكر صماتها لأن معنى كلامهم إن احتيج إلى إذنهما كفى فيه الصمات، وإذنهما قد يكون واجباً كاليتيمة، ومع ذلك فيظهر أن الندب هو الراجح والأمر سهل في هذا، إذ هذا خلاف في ندب أمر وعده، وإنما

البكر على النكاح ولا يستأمرها؟ قال نعم وهو قول مالك كانت بالغاً أو غير بالغ ابن الحاجب والأب يجبر الصغيرة التوضيح ظاهره بكرة كانت أو ثيباً ولا خلاف في البكر وأما الثيب الصغيرة ففيها ثلاثة أقوال: الجبر وعدمه وقال ابن القاسم وأشهب يجبرها إن كان زوجها ثيباً قبل البلوغ ولا يجبرها بعده لأنها صارت ثيباً بالغاً ثم قال ابن الحاجب والبالغ البكر بغير إذن وقيل يستحب استئذانها اهـ وفي الوثائق للمجموعة وغيرها استحباب مشاورة الأب ابنته البكر في النكاح ويظهر من إطلاق الشيخ القول بالجبر في بالغ الأبتكار أنها (وإن عسّت) أي طالت إقامتها قبل التزويج فإن له جبرها وهو كذلك على ما روى ابن القاسم عن مالك. وقال ابن عرفة: المالك وإن تعدد يجبر عبده وأمه وفي الجواهر: للسيد إيجاب العبد الأمة (ولا يجبر هو لهما) ابن الحاجب: وتوكل المالكة في أمتها وليها أو غيره ويوكل المكاتب في أمته وإن كره سيده بشرط ابتغاء الفضل الوصي ويزوج رقيق الموصى عليه في المصلحة ومن بعضه حر لا يجبر ولكنه كمالك الجميع في الولاية. والرّد ومن فيه عقد حرية ثالثها يجبر الذكر ورابعها يجبر من له انتزاع ماله اهـ. فقله ولكنه أي مالك البعض كمالك الجميع في الولاية على الأمة وفي ردّ نكاح العبد والأمة إن تزوجا بغير إذن السيد اهـ.

والأب إن روجها من عبد فهو متى أجبر ذو تعدد

يعني أن الأب وإن كان له جبر ابنته البكر فإنما له ذلك فيما لا ضرر فيه ولا معة أمّا ما فيه ذلك فلا يجبرها عليه فإن جبرها فهو متعدّد ولا عبرة بجبره قال في الفيد: وأمّا تزويجها يعني البكر من العبد فيمتنع على كلّ حال لأنّ في ذلك نقصاً ومعة قال ابن عبد الرّقيع في معينه ليس للأب أن يزوّج ابنته من عبد لما يلحقها في ذلك من المعة وقال مسحون في السليمانية إذا أراد الأب أن يزوّج ابنته البكر مجنوناً أو مجنوناً أو أبرص أو أسود ومن ليس بكفه. وأبت الابنة ذلك كان للسلطان منعه لأنّ ذلك ضرراً اهـ (ولو أدخل كافاً على عبد) ليُدخل غيره فمن ذكر لكان أحسن.

يصعب الأمر في الخلاف الذي بين المباح والحرام ومسائل آخر كما تراه عند الكلام على ذلك. قوله: (وإن عسّت إلخ) هذا الذي في المختصر وجبر الأب المجنونة والبكر ولو عانسا، وكان من حق الناظم ومن شرّحه أن يبينوا حكم البكر المرشدة والتي بعدها في المختصر فإنهما لا يجبران وهو قوله: أو بكر أرشدت أو أقامت يبينها سنة وأنكرت. قوله: (ولا يجبر هو لهما) وهذا هو قول المختصر وجبراً لملك أمة وعبدك بلا إضرار لا عكسه إلخ. ولكن إذا احتاج العبد وقصد السيد ضرره بعدم تزويجه فيه خلاف قوي، ومقابل ما في المتن قوي وحجته ظاهرة، انظر كلامهم في الشرح للمحل المذكور. قوله: (ولو أدخل كافاً إلخ) ولذلك قال في المختصر: إلا كخصي، والقاعدة فيما لا يجبرها عليه هو ما ثبت به الخيار لها كما أشار له الباجي، وسيأتي قول المصنف: وفي العبد خلاف والراجع أنه ليس بكفه فيثبت الخيار للمرأة بظهور العبودية.

فرع: قال في المفيد إثر ما تقدم عنه من منع الأب إنكاح ابنته من عبد فإن اجتمع عليه الأب والابنة وهي رشيدة ولا عصبية لها زوجت منه وإن كانت بكرًا أو ثيبًا سفيهة ولها عصبية قريبة منعت وللعصبية منعها من ذلك أ هـ.

وكالأب الوصي فيما جعل أب له مسوِّغ ما فعلا

(يعني أن الوصي كالأب) فيما جعل له الأب من إنكاح بناته جبرًا قبل البلوغ وبعده من غير كشف ولا استثمار فإذا جعل له ذلك تنزك منزلته في جميع ذلك قال في التوارد قال أصبغ: وإذا قال الأب للوصي زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد أن تبلغ فذلك لفلان إذا بذل صداق المثل وليس لها ولا للوصي أن يأبى ذلك إلا أن يحدث لفلان فسق أو تلصص، قال في الواضحة أو سقم بين فتبطل الوصية سواء أحببت أو كرهت وإن لم يحدث منه أنه تزوج وكان خلواً أو اتخذ السراري فلا حجة لها بذلك قال مالك: وإذا أوصى الأب بتزويج البكر بعد موته لزمها ما أوصى به وإن كرهت وبلغت قال الشارح من إطلاق هذه الروايات وأمثالها أخذ أهل كتب الأحكام جعل الإيجاب للوصي وأن التص عليه يرفع حكم اختلاف إن وجد فيه. أ هـ. وفي مختصر الشيخ خليل: وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلا فخلاص فرع: قال في المدونة وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، ولو رضيت هي ووليها برجلٍ وعقدًا له لم يجز إلا برضا الوصي، وإن اختلفوا

قوله: (فرع إلخ) حاصل هذا الفرع مهما كانت لها عصبية فلهم المنع، وإن اتفقت مع أبيها على العبد وحيث لا عصبية فلا منع إن اتفقت مع أبيها، وأخرى إن كانت لا أب لها رشيدة كانت أو صغيرة أو سفيهة ولا عصبية لها فإن الحاكم لا يمنعه من تزوج العبد وإن كانت محجورة لأن الحجر إنما يكون عليها في مالها لا في ذاتها فافهم. وكلام المفيد فيه بعض إيهام، وهذا الشارح تبع ابن النازم في التعبير.

قوله: (يعني أن الوصي كالأب إلخ) قال في المختصر في هذا وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلا فخلاص وهو في الثيب ولي، وابن النازم وهذا الشارح لم يشرحا قول الناظم:

وكالأب الوصي فيما جعل أب له مسوِّغ ما فعلا

على ما تنضح به المسائل. وكلام المختصر رأيته، إلا أن قوله وإلا فخلاص يظهر من كلام الناس أن الراجح من القولين هو عدم الجبر لأنه إذا اختلف في الجبر الوصي به صراحة فكيف بغيره، قف على الشرح يظهر لك، وتقديم الوصي المجبر على الأولياء ظاهر، والظاهر من كلام الناس في غير المجبر تقديمه على الأولياء أيضًا مطلقًا ولو في رشدنا، وقدعنا كلامًا في ذلك عند قول الناظم:

وللوصي العقد قبل الأولياء وقيل بعدهم وما إن رضيا

نظر السلطان وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي ويشاور الولي ويزوج الولي الثيب برضاها وإن كره الوصي، وإن زوجها الوصي أيضاً برضاها جاز وإن كره الولي وليس كالأجنبي فيها وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي إلا الأب وحده اهـ من التوضيح وحاصله أن الوصي في البكر مقدم على الولي وأما في الثيب فهما سواء.

وحيثما زوج بكرًا غير أب فمعه بلوغ بعد إثبات السبب

وحيثما العقد لقاضي ولي فمعه كفء بصداق المثل

يعني أن البكر إذا زوجها غير الأب كأنسيها وعمها ونحوهما كالوصي إذا لم يجعل له الأب الإيجار عليها على أحد قولين مشهورين فلا يزوجهما إلا إذا بلغت وثبت سبب تزويجهم لها من كونها لا أب لها أو لها أب مفقود (أو أسير في بلد للعدو) وغير ذلك من الأسباب التي تذكر، أما اشتراط البلوغ فلائها لا يزوجهما غير الأب إلا برضاها ولا عبرة برضا غير البالغ. وأما ثبوت السبب فإن ذات الأب إذا زوجها غيره يفسخ نكاحها إلا لسبب كما يذكر قريباً، ولا يشمل قوله غير الأب الوصي الذي جعل له الأب الإيجار قبل البلوغ وبعده لأنه بمنزلة الأب سواء، ولا يتوقف إنكاحها إلا على ثبوت كونه وصياً من قبل الأب فلذلك ينسخ رسم الإيصاء أعلى الصداق والصداق أسفل وهذا أولى وبعضهم يختصر ويقول الموثق في رسم الصداق أنكحه إياها الوصي عليها من قبل أبيها وهو فلان حسبما ذلك في علم شهيديه أو بشهادة شهيديه، وكذلك إذا عقد القاضي نكاح بكر لكونها لا ولي لها من النسب ولا وصي عليها ولا كافل، أو غاب أبوها غيبة بعيدة كإفريقية من مصر فلا تزوج أيضاً إلا بعد البلوغ وثبوت النسب الذي من جملة كفافة الزوج لها وكون ما بذل لها هو صداق مثلها من مثله ويشمل قوله غير الأب القاضي وإنما ذكره وإن كان من عطف خاص على عام لرفع توهم قصور الحكم على ولي النسب والوصي وصرح بأن القاضي كذلك ولم يصرح الناطم باشتراط البلوغ في إنكاح القاضي ولا بد منه بل هو أخرى بالنسبة لولي النسب ويأتي التصريح به والله أعلم. قال في التوارد: قال ابن القاسم وإذا رفعت امرأة إلى الإمام أمرها بالنكح كشف عنها فإن لم يكن لها ولي زوجها برضاها إذا دعت إلى كفء في الحال والمال والقدر وقال في المدونة: لا يجوز للولي ولا للسلطان ولا لأحد من الأولياء أن يزوجهما بأقل من صداق مثلها وفي المتبعية: وإن كانت الزوجة بكرًا فينبغي أن يثبت عنده بالعدول أنها يتيممة بكرًا بالغ في سنّها خلو من زوج وفي غير عدة منه، وأن لا ولي لها يعقد نكاحها في علمهم وأن الزوج كفء لها في حاله وماله وأن الذي بذل لها من المهر مهر مثلها اهـ وقد اشتمل كلام التوارد وما بعده على عشرة أسباب أن لا يكون

قوله: (أو أسير في بلد للعدو الخ) مسألة الأمير والفقيه واحدة وفيها تفصيل يطول ذكرناه

لها ولي^{٥٦} ورضاها بالزّوج وبالصدّق والزّوج كفء لها وأنّ ما بذل لها من الصّدق هو صدق مثلها وأنها يتيمة بكر بالغ خلّو من زوج وفي غير عدّة، وزاد الجزولي كونها صحيحة بالغه غير محرمة ولا محرمة على الزّوج وأنها حرة. (قال الخطّاب فإن زوجها) القاضي من غير إثبات ما ذكر فالظاهر أنّه لا يفسخ حتّى يشبّ ما يوجب فسخه قال ولم أر في ذلك نصّاً انتهى.

وتأذن الثّيب بالإنفصاح والصّمت إذن البكر في النّكاح

واستنطقت لزائد في العقد كقبض عرض أو كزوج عبد

تقدّم أنّ الثّيب البالغ الحرة لا تجبر وإنّما تزوّج بإذنها ورضاها وكذلك البكر غير ذات الأب وغير ذات الوصي الذي جعل له الإيجاب لا تجبر أيضاً، وأفاد النّاطم هنا أمراً زائداً على مطلق الإذن، والرّضا وهو أنّ إذن الثّيب يكون بالنّطق والإنفصاح عن الرّضا ولا يكفي فيها الصّمت، وأنّ إذن البكر صممتها فإن نطقت فأولى، وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل والأصل في ذلك قوله ﷺ: «البكر تستأمر بإذنها صممتها والثّيب تعرب عن نفسها»^(٥٦) ثمّ ذكر في الثّاني أنّ البكر تستنطق أي يطلب نطقها في مسائل وكأنّها في معرض الاستثناء عن قوله والصّمت إذن البكر في النّكاح (قال الشّارح ووجه ذلك ظاهراً) فإنّ مطلق النّكاح الجاري على صريح العادة هو الذي اكتفى فيه الشّارح بصمت البكر دليلاً على رضاها الملزم لها حكم انعقاده عليها، وأمّا ما راد على ذلك من حكم المعاوضة في الصّدق لكونه عرضاً عوضاً عن المعتاد من الثّناير والدراهم أو من كون الزّوج عبداً أو من كذا فليس ذلك بمحلّ يكتفى فيه بالصّمت دليلاً على الرّضا، فيرجع في ذلك إلى الأصل الذي هو الكلام المعرب عمّا ينطوي عليه الضّميم قال في المنهج السّالك: والمستأذنان في النّكاح على قسمين: أبكار

عند قول المتن: وفسخ تزويج حاكم إلخ، وقول المتن: وإن أسر أو فقد فلا بعد فيه كلام، قوله: (قال الخطّاب فإن زوجها إلخ) هذا ظاهر ولكن لا يقدم على ذلك ابتداء وإنّما هذا بعد الوقوع والنزول، ويدل لما قاله الخطّاب ما ذكره ابن حبيب أنّ من تزوّج امرأة معتقد أنّها في العدة فتبين أنّها خلاف ما اعتقد أنّ النّكاح صحيح وهو حتّى في المواق عند قول المتن: كمسلم شك في الإتمام إلخ.

قوله: (قال الشّارح: ووجه ذلك إلخ) هذا كلام جيد قوي.

(٥٦) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٤٢١)، وأبو داود (٢٠٩٨)، والترمذي (١١٠٨)، والنسائي (٣٢٦٠)، ٣٢٦١، ٣٢٦٢، ٣٢٦٣، ٣٢٦٤، وابن ماجه (١٨٧٠)، وأحمد في المسند (٢١٩/١)، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٣٦٢، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٠٣)، والدارمي (٢١٨٨)، ٢١٨٩، ٢١٩٠، وابن حبان في صحيحه (٤٠٨٤، ٤٠٨٧، ٤٠٨٨، ٤٠٨٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٨/٧)، ١٢٢، والبخاري في شرح السنة (٢٢٥٤).

وثبّات، فلإذن البكر يكون بالصّمت ويكون بالقول، وإذن الثّيب لا يكون إلا بالقول وقد استقصى الإمام القاضي أبو عبد الله المقرئ كلّ من يلزمها الكلام من الأبكار فقال في كليّاته الفقهيّة: كلّ بكر تستأمر فإنّها صماتها إلا المرشدة والمعنّسة والمصدّقة عرضاً والمعلّمة بعد العقد بالقرب والمزوّجة تمّن فيه رقٌّ أو عيبٌ والصّغيرة المنكحة للخوف بعد العشر ومطالعة الحاكم والمشتكي بالعضل ١ هـ. وابن القاسم الجزيري: أنّ المرشدة يكتفى في إذنها بالصّمت وأن لا إذن إلا للبالغة ٢ هـ. وفي التّوضيح في عدّه النّظائر الثّانية، والمرشدة ذات الأب كذا في نسخة منه وفي الأخرى كان لها أب أم لا ٣ هـ. والمعنّسة هي التي طالّت إقامتها بيت أبيها حتّى عرفت مصالحها قال ابن القاسم: وسنّها أربعون وقال ابن وهب: ثلاثون والمراد بالمعنّسة اليتيمة وأمّا ذات الأب فقد تقدّم أنّ الأب يجبرها فلا يحتاج إلى إذنها، وقيد في التّوضيح المصدّقة عرضاً باليتيمة التي لا وصيّ لها، والمعلّمة بعد العقد بالقرب هي التي عقد عليها وليها قبل أن تاذن له، ثم بلغها ذلك ورضيت بالقرب، وهذا ظاهر أنّها يتيمّة أيضاً، إذ لو كانت ذات أب لم يحتج لإذنها، وكذا المزوّجة لذّي رقٍّ أو عيب يتيمّة أيضاً. (والحاصل أنّ هذه السّبع كلّها في اليتيمة إلا المرشدة والتي عضلها الولي، فلا فرق بين أن تكون يتيمّة أو ذات أب).

قوله: (والحاصل أنّ هذه السّبع كلّها في اليتيمة إلا المرشدة والتي عضلها الولي فلا فرق بين أن تكون يتيمّة أو ذات أب إلخ) هذا فيه نظر مع قول المختصر: وشرحنا له بكلام الناس، وذلك أن صاحب المختصر قال: والثيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أو زوجت بعرض أو برق أو عيب أو يتيمّة أو افتيت عليها، وقال قبيل هذا: ورضا البكر صمت إلخ. فقوله: ورضا البكر صمت إلخ هو في غير المجبرة من أب ووصي أو مالك كما لا يخفى. وقوله: كبكر رشدت ظاهره كان لها أب أو لا وهو كذلك، ويلزم من صحة الرشد البلوغ لانه لا رشد للصغيرة وإن ظهر منها السداد كما قاله ابن رشد خلافاً لمن غلط في هذا وبيناه في الشرح. وقوله: أو عضلت ظاهره عضلها أبوها أو غيره من الأولياء وهو كذلك كما في الشيطي وابن فتوح قبله. وفهم من قوله: عضلت أنّها بالغ لأن الصغيرة لا يعد منعها من النكاح عضلاً كما بيّنا في الشرح عند قول المتن: ولا يعضل أب بكراً إلخ. وقوله: أو زوجت بعرض إلخ هذه فيها خلاف قوي هل لا بدّ من نطقها أم لا؟ نقلناه في الشرح. وقوله: أو زوجت هو في المهملة، وإلا فوصيها هو الذي ينظر في الصداق، وأمّا ذات الأب فهي مجبرة، مع أنّ من زوجت بعرض لا بدّ من نطقها على قول راجح وإن كان له وصي، وقول راجح أنّها إنّما يطلب نطقها إن لم يكن لها وصي وبيننا ذلك في الشرح، وهذه المزوجة بالعرض بالغة أيضاً لقول المتن: ثم لا جبر، فالبالغ إلا يتيمّة خيف فساده، واليتيمة إنّما تكون صغيرة كما تراه إن شاء الله تعالى هنا قريباً. وقوله: أو برق أي ذي رق كان خالصاً أو مشوباً كما في المكاتب. وقوله: أو عيب أي من ذي عيب، وتقدم أنّ الأب لا يجبر البكر على العبد وذي العيب وهو قول المتن: إلّا لكخصمي، وعليه فلا فرق بين أن يكون لها

قال الشيخ ابن غازي في شفاء الغليل: وقد استوفينا الكلام عليهن في تكميل التقيد وتحليل التعقيد ونظمناه في رجز وهو:

سبح من الأبكار بالطلق خليق من روجت ذا عاهة أو من رقيق

أو صغرت أو عنست أو اسندت معرفة العرض لها أو رشدت

أو رفعت لحاكم عضل الولي أو رضيت ما بالتعدي قد ولي

قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه: وقد ذيلتها بيت وهو

وكلهن ذات يتم ما سوى من رشدت أو عضلت فهي سوا

أي فهي ممن ينطق سواء كانت يتيمة أو ذات أب والله أعلم. وقد ذكر الشيخ خليل هذه النظائر وأسقط منها المعنسة فقال: والثيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أو روجت بعرض أو برق أو حيب أو يتيمة أو ائتمت عليها.

فرعان: الأول: قال ابن الحاجب: فإن قالت ما علمت أن الصمت إذن لم يقبل على الأصح قال في التوضيح: لأنه مشتهر ولعل مقابل الأصح مبني على وجوب إعلامها، وإلا فلو كان استلزامها مستحباً بلا خلاف لما صح أن تعذر بالجهل واختار عبد الحميد أن ينظر إلى أمر هذه الصبية فإن علم منها البله^(٥٧) وقلة المعرفة قبل منها وإلا، فلا فائدة: مسائل لا يعذر فيها بالجهل منها هذه، ثم عذ منها نحو الأربعين مسألة، وقد نظمها الشارح بهرام في الكبير ونظمها غيره كسيدي علي الزقاق في المنهج المنتخب حيث قال هل يعذر ذو الجهل أو لا؟ والذي قد حققنا إلى غمام تسعة أبيات. الثاني: تقدم من جملة هذه النظائر المرأة التي عقد عليها وليها قبل أن تاذن له، وهذا يقتضي أن الولاية حق للمرأة، فلا يعقد عليها

أب أم لا، ولكن هي بالغة لأنها لو كانت صغيرة ولا أب لها لم تزوج، ولو كان لها أب فإنه لا يجبرها على ما ذكر كالبالغ والحاصل ليست بييتمة. وقوله: أو يتيمة هذه هي قول المتن إلا يتيمة خيف فسادها إلخ. وقوله: أو ائتمت عليها آخرها المصنف للكلام فيها وهو قوله: وصح إلخ. وهذه بالغة لا أب لها لأن البكر ذات الأب مجبورة، وعلى تقدير الافتيات عليها فساد فاسد وهو قول المتن: وفسخ تزويج حاكم إلخ. ولا يصح فيها قول المتن. وصح أن قرب رضاها فذات الأب لا تدخل في هذا كانت كبيرة أو صغيرة، والصغيرة التي لا أب لها لا يزوجه الغير، وعلى تقدير الافتيات عليها لا يصح فيها قول المتن: وصح أن قرب رضاها إلخ. والوصي المجبر في حكم الأب في هذه الأبكار وهذا كله في البكر بدليل قول المتن بكبر إلخ وقتاً تبين أن هذه الأبكار كلهن غير يتامى إلا قوله أو يتيمة ولذلك صرح باليتم فيها خلاف ما ذكره هذا الشارح وغيره من

(٥٧) البله: هو قلة العقل وغلب الغفلة.

الوليّ إلا بتفويض من المرأة له على ذلك وهو كذلك، لكن هذا فيما عدا الأب وهو قول ابن القاسم بكرة كانت أو ثيباً وأنكر ذلك ابن حبيب وقال هو حق له قد استخلفه الله عليه والوليّ أحقّ به منها فهما قولان ذكرهما في التوضيح في شرح قوله وبقيّة الأولياء يزوجون.

وثيبٌ بعارضي كالبكر وبالحرّام الخلف فيها يجري

كسواقم قبل البلوغ الوارد وكالصحيح ما بعقد فاسد

يعني أنّ الثبوتية الحاصلة بأمر عارض كحمل شيء ثقيل أو بالفقرة أو بكثرة الضحك، فإنّها كالعدم وكأنّها ما زالت بكرة قائمة العنرة وتستمرّ عليها حكم الجبر الذي على البكر، وأمّا إن حصلت الثبوتية بحرّام أي بزنا أو غضب ففني بقاء الجبر عليها وانقطاعه قولان التوضيح: (القول بالجبر مذهب) المدونة والقول بعدمه في الجلاب، ثم شبه في الحكم السابق وهو استمرار الجبر وعدم انقطاعه ما إذا حصلت الثبوتية بنكاح واقع قبل البلوغ، ثم مات الزوج أو طلق ورجعت قبل البلوغ أيضاً ولا إشكال، والإيجاب هنا متفق عليه وإن رجعت بعد البلوغ ففي الجبر قولان ظاهر النظم الجبر لإطلاقه في النكاح الحاصل قبل البلوغ، وأمّا الثبوتية بالنكاح الفاسد فإنّها كالصحيح لا جبر معها قال في المقصد المحمود: والثبوتية غير مسقطّة للإيجاب إن كانت من غير نكاح أو من نكاح فرجعت إليه قبل البلوغ واختلف إن بلغت هل يستمرّ الإيجاب أو يرتفع؟ وقال ابن عات في طرده: واختلف هل كانت الإصابة من زنا أو غضب فقال في المدونة: تحبّر كالبكر قال عبد الوهاب: الغضب والطّوع سواء يجبران وقال ابن الجلاب: الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تحبّر. وفي سماع عيسى: قال ابن القاسم: وإذا روج ابنته البكر فابنتى بها زوجها قبل أن تبلغ المحيض، ثم طلقها أو مات عنها وهي غير بالغ فتزويجه جائز عليها من غير مؤامرتها ما لم تحض وهو

شراح للمختصر: ويان ما أشرنا إليه أن غير قول المتن بيّن أن ذلك إنما يتصور في الأبكار البالغات كما رأيته، والبالغة لا يقال فيها يتيمة، فلله در هذا الإمام في اختصاره العجيب ونسجه الغريب حيث قال: أو يتيمة، والعطف يؤذن بالمغايرة وأن غيرها غير يتيمة كان لها أب أم لا، وإنما أعاد اليتيمة هنا باعتبار أنه لا بد من نطقها لأنه لم يقدمها عند قول المتن: إلا يتيمة خيف فسادها، وقد غلط في هذا بعضهم، ويان كون اليتيم خاصاً بالصغير الذي لا أب له ذكر كان أو أنثى بيّن في الشرح قف عليه إن لوتبت وقد نص على ذلك الحفيد. وقال ابن عطية: اليتيم في كلام العرب فقد الأب قبل البلوغ إلخ. وفي القاموس: وقد يتم كضرب وعلم يتمّ ويفتح ما لم يبلغ الحلم الجمع أيتام ويأتي إلخ. وذكر هذا المفسرون، والكشاف قال: قد غلبت التسمية بذلك قبل البلوغ.

قوله: (القول بالجبر إلخ) هذا هو المشهور كما في الفشتالي وغيره، ولذلك قال في المختصر

قول مالك وفي المقرَّب: قلت له: أرايت إن رنت البكر فحدت أو لم تحد أكون له أن يزوجه بغير رضاها؟ قال نعم وفيه أيضاً: قال سحنون: قلت لابن القاسم فإن زوجها تزويجاً حراماً فدخل بها زوجها وجامعها، ثم طلقها أو مات عنها ولم يتباعد ذلك فقال: ليس له أن يزوجه إلا برضاها (لأنه نكاح يدرأ به الحد) ويلحق فيه الولد (والعدة فيه) كالعدة في النكاح الحلال اهـ.

وإن يرشدها الوصي ما أبي فيهما ولاية النكاح كالأب

يعني أن الوصي إذا رشدها لم يجز له أن يطلق يدها على التصرف في مالها فإن ولاية نكاحها لا تنزل عنها كالحكم في أبيها الذي جاء الوصي بسببه، فكما أن خروجها من حجر الأب لا يقطع نظره عنها في الولاية فكذلك خروجها من حجر الوصي الذي هو بسببه لا يقطع نظره عنها في الولاية اللهم إلا أن يكون هناك من الأولياء من يتقدم على الأب وهو الابن فكذلك يتقدم على وصيه قال في طرر ابن عات: انظر إذا رشده الولي محجورته هل تسقط الولاية عنها أو لا؟ قال ابن رشد رحمه الله: لا أذكر في ذلك نص رواية والذي يوجب النظر أن ولايته بها في النكاح لا تسقط بتعليكه إيها أمر نفسها لأنه قد صار ولياً من أوليائها بإقامة الأب إيها لها مقام نفسه فوجب أن لا تسقط ولايته عنها إلا بما كانت تسقط به ولاية الأب عنها، والأب لو رشدها لم تسقط بذلك ولايته عنها فكذلك هو فتدبر ذلك اهـ. (قال الشارح): أقول: العجب من ابن رشد كيف قال لا أذكر نص رواية مع ما ذكره المتيطي من الخلاف عن العتبية واعتمد الشيخ ما نقله المتيطي عن أصبغ وأشهب وذهب إليه ابن رشد أي من كون الوصي أولى من الولي في الثيب إن خرجت من الولاية دون قول ابن الماجشون وسحنون ودون ما رجحه اللخمي من كون الولي أحق من الوصي اهـ. أي وإذا كان الخلاف في أيهما أولى فإن ذلك يستلزم بقاء ولاية الوصي بعد ترشيدها وأن ولايته لم تسقط، إذ الخلاف إنما هو فيما وراء ذلك وهو أيهما أولى ومطلق بقاء ولايته هو

أو بهرام الخ، وكان من حق هذا الشارح أن يشير لذلك حيث لم يشر له الناظم، ولكن عزو الجبر للمدونة هو فيه إشعار بأن الجبر هو المشهور، وقول الناظم: وبالحرام الخ يشمل الزنا والغصب والمغصوبة أقرب للجبر، ولذلك قال ابن عرفة ما نصه ابن رشد: غصبها كزناها، قلت: هذه أقرب للجبر اهـ. بلفظه وهو حسن غاية، ويدل لذلك أن أكثرهم إنما يذكر الزنا والتعليل يدل له لأن الزانية قلَّ حيواها كذلك المغصوبة فافهم هذا.

قوله: (لأنه نكاح يدرأ به الحد الخ) وزيد على هذه العلل أنها عرفت ما عرفته من تزوجت بنكاح غير فاسد. وقوله: (والعدة فيه الخ) عبارة المقدمات والاعتداد في بيتها وهي أبين. قوله: (قال الشارح الخ) كلام حسن مع أن الأكثر على أن الوصي مقدم في المرشدة على الأولياء، وقدمنا هذا عند قول الناظم: وللوصي العقد قبل الأولياء الخ.

الذي في البيت وسعيد النّاطم هذه المسألة في باب الحجر حيث قال:

وحيث رشد الوصي من حجر ولاية النكاح تبقى بالنظر

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

وفاسد النكاح مهما وقعا فالفسخ فيه أو تلافٍ شرعا

فما فساد به يخصّ عقده ففسخه قبل البناء وبعده

وما فساد من الصّدق فهو بمهر المثل بعد باق

يعني: أنّ النكاح إذا وقع فاسداً فإنه يرجع فيه إلى أحد وجهين: إمّا الفسخ وإمّا التّلافي والتّدرك، فما كان فساد فساد عقده فالحكم فيه الفسخ سواء عثر عليه قبل البناء أو بعده، وما فسد لصداقه فإنه يفسخ قبل الدّخول ويثبت بعده بمهر المثل ونحوه في الرّسالة وغيرها (قال الشّارع) والظاهر من الشّارع في عقود هذه المعاملات أنّها مهما وقعت مخالفة لما استقرّ منها شرعاً وكانت المخالفة فيها ممّا يمكن تلافيهما ويتأتّى استدراك الأمر فيها فإنّ المشروع فيها الإصلاح والاستدراك والتّلافي لما فرض اختلاله من الأركان والتّحصيل لما وقع إهماله من الشّروط، ومهما كانت المخالفة فيها ممّا لا يمكن تلافيهما ولا يتأتّى استدراك الأمر فيها لخروج الماهية عمّا قصد بها شرعاً أو منافاتها لما استقرّت عليها وضماً فإنّ المشروع فيها الفسخ والإبطال قال ابن عرفة: والعقد الملزوم للتّلافي فاسدٌ مطلقاً لعدم قبوله التّصحیح كنقل ابن شاس تزويج عبده بجعله مهره فاسداً لأداء ثبوته لنفيه ولمنافاة الملك للنكاح لو ثبت بخلاف كون المهر خمرًا. وقال ابن القاسم الجزيري: والفساد على وجهين: فساد في العقد وفساد في الصّدق، فالفساد لعقده على ضربين وجه متفق عليه عند الأئمة ووجه مختلف فيه فالمتفق عليه كدوات المحارم فيفسخ أبداً بغير طلاق ولا موارنة فيه (ولا خلع) وفيه المسمّى بعد البناء ويلحق به الولد ويحدّ إن كان عالماً وهذه إحدى المسائل التي يلحق فيها الولد مع وجوب الحدّ وهي قليلة والمختلف فيه كنكاح الشّغار والمحرم وشبه ذلك فالفسخ فيه بطلاق ويخصي فيه الخلع وهو آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك وقد كان يقول: كلّ نكاح يكونان مغلوبين على فسخه يفسخ بغير طلاق كنكاح المحرم وشبهه والفساد لصداقه كالنكاح بغير أو حرام أو مجهول في صدق أو أجل فيفسخ قبل البناء ولا

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

قوله: (قال الشارح) هذا كلام حسن، ولكن انظر كلام الناس في شرح المختصر عند قوله:

وما فسد لصداقه إلى آخر تلك المسائل. قوله: (ولا خلع). هو قول المختصر في فصل الخلع فيما

صداق فيه ويثبت بعده ويجب صداق المثل ١ هـ. وفي مختصر الشيخ خليل: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرّم وشغار والتّحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض وإنكاح العبد والمرأة لا إن اتفق على فساده، فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرّم وطؤه فقط وما فسخ بعده فالسمّى وإلا فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله، ويأتي للنّظام قبل باب النفقة:

وفسخ فاسد بلا وفاق بطلقة تعدّ في الطلاق

ومن يمت قبل وقوع الفسخ في ذا فمما لإرثه من نسخ

وفسخ ما الفساد فيه مجمع عليه من غير طلاق يقع

وقال ابن القاسم الجزيري: (وهذه إحدى المسائل) التي يلحق فيها الولد إلى آخر هذه النظائر أشار لها سيدي علي الزقاق بقوله آخر المنهج المنتخب: ونسب والحدّ لن يجتمعا. الأبيات الثلاثة انظرها في شرحه وانظرها آخر باب الاستلحاق من التوضيح في شرح قول ابن الحاجب ويحدّ الواطئ العالم إلخ ويأتي ذكرها قريباً إن شاء الله تعالى.

وحيث درء الحدّ يلحق الولد في كلّ ما من النكاح قد فسد

يرد فيه ما وقع به الخلع ما نصّه: أو لكونه يفسخ بلا طلاق. تنكيت: ظاهر تقرير هذا الشارح أولاً وكلام الجزيري أن كلّ ما هو فاسد لصداقه إنما يفسخ قبل البناء وكلّ ما فسد لعقده، ويفسخ قبل وبعد، وقد قال في المختصر: وفسخ موصي وإن يكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطلّ وعوقبا والشهود وقبل الدخول وجوباً على أن لا تأتية إلاّ نهراً أو بخيار لأحدهما أو غير، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به وما فسد لصداقه أو على شرط يناقض كان لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو ألغى مطلقاً كالنكاح لأجل، أو إن مضى شهر فأنا أتزوجك إلخ، فنكاح السر فيه المسمى بالوطء كما في التهذيب عن ابن شهاب، ويفسخ بطلقة كما قاله ابن حبيب، ويفسخ ما لم يقع دخول وطول فلا يفسخ، فإن كان فاسد الصداق فيحتاج أن يفوت بالدخول وإن لم يقع طول على ما قاله الجزيري، وإن كان لعقده فيحتاج أن لا يفوت بالدخول والطول بل يفسخ أبداً. وقول للمختصر: وقبل الدخول وجوباً على أن لا تأتية إلخ هذه هي النهاية كما في التوضيح وابن ناجي وغيرهما ومّر المصنف فيها، على أن الفسخ إنما هو قبل الدخول على المشهور، واختلف هل لها صداق المثل بالدخول واستظهر لما في الشرط من التأخير أو المسمّى كما في البيان، وقول المختصر: أو بخيار إلخ فيه المسمّى بالدخول كما في التهذيب، ونقل عياض صداق المثل عن أصل الأسدية، ونقله ابن يونس في مسألة إن لم يأت بالصداق إلخ. وقال صاحب الاستلحاق: والقول بالفسخ في الخيار أبداً أظهر لأن فساده لعقده، وانظر تمام المسائل في شرح كلام المختصر إن شئت، وإنما نبهناك على أن هذه أمور لا يكفي فيها ما اقتصر عليه هذا الشارح، ويكفي في ذلك نكاح السر قافهم.

(وللتي كان بها استمتاع صدقها ليس له امتناع)

يعني أنّ النكاح الفاسد المتفق على فسادِه إنْ درى فيه الحدّ من الواطن كتنكاح المعتنة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم بها فإنّ الولد يلحق به ومفهومه إن لم يدرأ فيه الحدّ فإنّ الولد لا يلحق به لأنّه رنا يريد إلّا في المسائل التي يحدّ فيها الواطن ويلحق به الولد فيجتمع فيها الحدّ والنسب فهذا القيد في المفهوم وذلك من يتزوَّج المرأة ويقرّ أنّه طلقها ثلاثاً وعلم أنّها لا تحلّ له إلّا بعد زوج ووطئها وأولدها فيحدّ ويلحق به الولد أو يتزوَّج المرأة ثم يقرّ أنّها خامسة ويطؤها وهو يعلم أنّها لا تحلّ له أو يتزوَّج المرأة ويطؤها وهو يعلم أنّها لا تحلّ له بنسب أو رضاع مع علمه بعدم حلّية ذلك فيحدّ ويلحق به الولد في المسائل الثلاث وإليها أشار سيدي علي الزقاق بقوله:

ونسبٌ والحدّ لن يجتمعَا إلّا بزوجاتٍ ثلاثٍ فاسمعا

مبتوتةٌ خامسةٌ ومحرمٌ وأمتين حريّتين فاعلم

فالزّوجات الثلاث من هذه، والأمتان الحرّتان هما من يشتري أمةً ممّن تعتق عليه ويولدها، ثم يقرّ أنّه وطئها علماً بذلك أو من يشتري الأمة فيولدها، ثم يقرّ بحرّيتها وشراؤها مع علمه بحرّيتها، وأمّا قوله وللتي كان بها استمتاع اليت يعني بذلك أنّ الرّجل إذا دخل بالمرأة في النكاح الفاسد الذي يفسخ ولو دخل فإنّ لها صداقها كاملاً إن كان نكاح تسمية (وإن كان تفويضاً) فصداق المثل وتقدّم قوله في المختصر وما فسّخ بعده فالمسمّى وإلّا فصداق المثل والمراد بالاستمتاع في البيت الوطء بدليل وجوب الصّدّاق كاملاً، وأمّا مقدّماته، (فلا يجب بها كلّ الصّدّاق).

قوله: (وهذه إحدى المسائل إلخ) هذه المسائل تحتاج إلى بسط في تعليقاتها، وقد ذكرنا ذلك في فصل الزنا عند قول المختصر: ومملوكة تعتق أو يعلم حرّيتها فانظرها إن شئت هناك. وقول الناظم: (وللتي كان بها استمتاع صدقها ليس له امتناع) يشمل ما يفسخ بعد البناء كتنكاح السر ونحوه، ونكاح الشغار كما تراه هو كتنكاح السر، وما لا يفسخ كالفساد لصداقه، وتخصيص الشارح له بما يفسخ بعده لا يخفاك ما فيه، ولذلك خ لّا فرغ من الأنكحة الفاسدة لمعدها وصداقها قال: وما فسّخ بعده فالمسمّى وإلّا فصداق المثل وسقط وبالفسخ قبله إلخ. وكلام ابن الناظم لا بأس به.

قوله: (وإن كان تفويضاً إلخ) ظاهره أنّ هذا إمّا يتصور في نكاح التفويض فقط وليس كذلك، لأنّ الأنكحة الفاسدة لصداقها يلزم فيها صداق المثل بالدخول، ففي المدونة: من نكح على أبق أو شارد أو جنين في بطن أمه أو بزوع لم يبد صداقه أو على دار فلان فسّخ النكاح في ذلك كله قبل البناء وثبت بعده ولها صداق المثل وترد ما قبضت من أبق إلخ. قوله: (فلا يجب

(والعقد للنكاح) في السرّ اجتنب ولو بالاستكتم والفسخ يجب

يعني أنّ نكاح السرّ عنوّي يجب اجتنابه ويفسخ إن وقع وإن كان السرّ فيه باستكتم الشهود. قال في المقرب: قلت: ولو أنّ رجلاً نكح بيّنة، وأمرهم أن يكتموا ذلك أيجوز هذا النكاح؟ قال لا وإن كثرت البيّنة والنكاح بذلك مفسوخ إذا كان أصله على الاستسار، وأمر الشهود بكتمانه ابن الحاجب: ونكاح السرّ باطل والمشهور أنّه المتواصى بكتمه وإن أشهدا فيه ويفسخ بعد البناء وإن طال على المشهور وقيل هو الذي دخل ولم يشهد فيه التوضيح: المشهور مذهب المدوّنة أنّ نكاح السرّ هو المتواصى بكتمه ولو كانوا مائة شاهد، ثم قال: وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل العقد، وأمّا لو أوصى الشهود بالكتمان بعد العقد فإنّه صحيح ويؤمرون بإشهاره أشهب، وهذا إذا لم تكن له نيّة، وإن نكح على نيّة الاستكتم بعد العقد فليفارق وقال أصبغ: لا أرى أن يفسخ إذا لم يكن إلاّ ضمير في نفسه لأنّه لا بأس أن يتزوّج ونيّته أن يفارق.

(والبضع بالبضع هو الشغار وعقده ليس له قرار)

قال في التوضيح: أصل الشغار في اللغة الرّفع من قولهم: شغّر الكلب رجله إذا رفعها ليبول، ثم استعملوه فيما يشبهه فقالوا: أشغّر الرجل المرأة إذا فعل بها ذلك للجماع، ثم استعملوه في النكاح بغير مهر إذا كان وطأ بوطه وفعلًا بفعل فكان الرجل يقول للآخر شاغرني أي أنكحني وليّتك وأنكحك وليّتي بغير صداق قال في المقدّمات: قيل وإنما سمّي نكاح الشغار لخلوّه عن الصّدّاق مأخوذ من قولهم بلّدة شاعرة أي خالية من أهلها ونكاح الشغار على وجهين: صريح الشغار ووجه الشغار فصريح الشغار هو أن لا يذكر فيه صداق كزوّجني ابتك على أن أزوّجك ابنتي فيكون صداق كلّ واحدة بضع الأخرى ويفسخ أبدًا وإن دخل وطال وولدت الأولاد. ووجه الشغار أن يذكر فيه صداق كلّ واحدة سواء كان

بها كل الصّدّاق) هذا هو قول المختصر: وتعاض التلذذ بها إلخ، ولو ساقه هذا الشارح لكان حسنًا. وقوله: (والعقد للنكاح إلخ) نكاح السرّ فيه كلام طويل في رسمه قف على الشرح فيه ص:

(والبضع بالبضع هو الشغار وعقده ليس له قرار)

هذا قال فيه في المختصر عاطفًا على ما لا يجوز ممّا يفسد فيه النكاح ما نصّه: أو كزوّجني أختك بمائة على أن أزوّجك أختي بمائة وهو وجه الشغار وإن لم يسم فصريحه وفسخ فيه وإن في واحدة وعلى حرة ولد الأمة أبدًا إلخ. فقلوه: أختك فيه بيان أن الشغار يكون في المجبرة وغيرها إذ الأخت لا يجبرها أخوها والمجبرة أخرى وظاهره لا فرق بين الزوجين كانا حرين أو عبيدين أو مختلفين وهو كذلك، ومن سمّى لها فذلك وجه شغار، ومن لم يسم فذلك فيها صريحة فيفسخ نكاحها أبدًا ولها صداق المثل، ومن سمّى لها يفسخ نكاحها قبل البناء ولها الأكثر، وهذه إشارة

مائلاً لصداق الأخرى أو مخالفاً كزواجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة أو بخمسين ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل إلا أن يكون صداق مثلها أقل مما سمي، فلا تنقص عن المسمى، فإن سموا لواحدة دون أخرى كزواجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي فهو مركب من الوجهين وكل واحد على حكمها فالتى سمي لها يفسخ نكاحها قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل والتي لم يسم لها يفسخ أبداً قبل البناء ويعد ونقل الشارح هذا الفقه عن المقرّب وفيه قلت فلو قال زوجني أمتك بلا مهر وأزوجك أمتي بلا مهر فقال مالك: الشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار يفسخ وإن دخل بها، وكذلك لو قال: زوج عبيدي أمتك بلا مهر على أن أزوج عبيدك أمتي بلا مهر فهذا كله شغار لا يجوز وإن رضي النساء به اهـ. فقلوه: وعقده ليس له قرار فيه إجمالاً لأنه إن كان صريحاً، فلا يقرّ مطلقاً دخل أو لم يدخل وإن كان وجهاً، فلا قرار له قبل الدخول، وأما بعده فإنه يقرّ.

وأجل الكالئ مهما أغفلا قبل البناء الفسخ فيه أعمالاً

إذا كان بعض الصداق مؤخرًا وهو الذي يسمى بالكالئ، فلا بدّ من تعيين قدر تأخيره فإذا لم يمين (فإن كان ذلك لنسيان) أو غفلة فالنكاح صحيح ويضرب له من الأجل بحسب عرف البلد في الكالئ قياساً على بيع الخيار إذا لم يضرب للخيار أجل فإنه يضرب له أجل الخيار في تلك السلعة المبيعة على الخيار والبيع جائز، وإن ترك تعيين قدر تأخيره قصداً فهذا هو الذي يفسخ فيه النكاح قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، وعلى هذا يحمل قوله في الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد، وفي المتيطة: قال بعض القرويين وهو دليل المدونة وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل وبه الحكم اهـ ففي تعبير الناظم بالإغفال مسامحة (لأن الغفلة والذهول) لا ينبنى عليهما حكم حتى يفسخ النكاح من

ولأفالكلام في الشغار عريض طويل فانظروه في الشرح هنا عند قول المتن: كمحرم وشغار تر البيان إن شاء الله تعالى ص:

(وأجل الكالئ مهما أغفلا قبل البناء الفسخ فيه أعمالاً)

قوله: (فإن كان ذلك لنسيان إلخ) هذا تبع فيه الشارح إشارة المواق ظناً منه أن ذلك هو الملعب وليس كذلك، والملعب هو فساد النكاح مطلقاً، ويبان ذلك هو كلام الوثائق المجموعة الذي نقله هذا الشارح نفسه، فإن قوله: عن أحمد بن سعيد الذي عرف بابن عتاب فإن لم يؤرخ أجل الكالئ فسح النكاح إلخ ظاهر في العموم، وكذا نقله عن المتيطي وهو أي هذا الشارح قد أول كلام ابن عتاب من غير موجب ذكره.

قوله: (لأن الغفلة والذهول) هو كلام ساقط، إما الرفوع في الخطأ والنسيان الإثم كما في

أجلها لقوله ﷺ: «ورفع عن أمّتي الخطأ والنسيان» (٥٨)، ثم ذكر الشارح إذا اختلف الزوج والولي في أجل الكالئ وقال الشهود نسيانه انظره فيه.

وما ينافي العقد ليس يجعل شرطاً وغيره بطوع يقبل

مراده باليت الكلام على شروط النكاح وقسمها إلى ما ينافي العقد، فلا يجوز جعله شرطاً في عقد النكاح إلى ما لا ينفيه فيجوز جعله طوعاً بعد العقد ويكره اشتراطه في العقد قال في التوضيح: حاصله أنّ الشرط في النكاح على ثلاثة أقسام: ما يناقض مقتضاه مثل أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة لها أو لا ميراث لها فكالصداق الفاسد أن يفسخ قبل البناء وثبت بعده على المشهور هكذا قال في الجواهر ابن عبد السلام ونقل

القرافي وغيره، وإلّا لزم أن الحالف لا يحث بالخطأ والنسيان، وذلك خلاف المعروف من المذهب كما في قول المختصر وبالنسيان ومثله الخطأ أو الجهل كما في ابن عرفة وغيره، ومن القواعد الشرعية العمدة والخطأ في أموال الناس سواء، فكيف يقال: الغفلة والذهول لا يبنين عليهما حكم، ومن أغفل عن بعض الأعضاء في وضوئه وصلى بطلت صلاته، وغير هذا ممّا لا يحصى. وقال في المختصر: ونسيانها في موضع إيداعها ونص المتيطي المشار إليه هو قوله ما نصّه: وسئل اللؤلؤي عن النكاح بعقد ويغفل فيه عن ذكر الشروط وتأجيل الكالئ فإذا كان عند كتب الصداق قال السناخ: لم أرد أن يكتب عليّ شرط وطول في أجل الكالئ. وقال المنكح: إنما غفلت عن ذكر ذلك لما قد جرى في بلدنا من العرف في الشروط والكالئ وأنه إلى ثلاثة أعوام، فهل يحمل الزوج على العرف في ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجبر على ذلك وهو بالخيار إن شاء أو وافقهم أو وافقوه وإلّا فله الانحلال. وقال عبد الملك في الثمانية إذا لم يذكر للكالئ أجل فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل. وقال ابن وهب: لا يفسخ قبل البناء ولا بعده ويكون المؤخر الذي لم يذكر له أجل إلخ. ثم قال بعد كلام: وذكر ابن الهندي في وثاقفه عن بعض أهل عصره أنه كان يقول: إن أدرك قبل البناء لم يفسخ ويجعل له أجل على عرف الناس في الكالئ، واستدل بمسألة بيع الخيار التي ذكرها المواق وتبهم هذا الشارح في ذلك، فأتت ترى المتيطي جعل مذهب مالك وأصحابه وما به العمل هو الفسخ قبل البناء مع العرف فكيف به مع عدمه؟ وقوله عن عبد الملك إذا لم يذكر إلخ شامل للغفلة بل هو فيه، ويدل له استدلاله بمسألة بيع الخيار التي احتج بها من احتج وإلّا فلا معنى للاحتجاج بها، وقد قال أبو عبد الله الفتالي ما نصّه: فصل فلو سقط ذكر الأجل فبين الشيوخ في ذلك خلاف فالشهور من المذهب وعليه العمل أن النكاح يفسخ، وإن فات بالبناء كان صداق المثل، قال بعض المتأخرين: وهو دليل المدونة. وذهب بعض المتأخرين إلى أنه كان للكوالي أجل مستقر لا

(٥٨) إحدث صحيح بالخواهد: أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣، ٢٠٤٥)، وابن حبان في صحيحه (٧٢١٩)، والمحكم في المستدرک (١٩٨/٢)، وعبد الرزاق في المصنف (٢٠٥٨٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٧، ٣٥٦/٧)، وصححه الشيخ الألباني في الإرواء (١٢٣/١، ١٢٤).

بعضهم الاتفاق على ذلك وأشار إليه بقوله ونقل عن ابن القاسم فيمن تزوج على أن لا نفقة ولا ميراث أنه يفسخ بعد البناء اهـ ونقل الشارح عن ابن عرفة ما نصه: وشرط ما يناقضه قال اللّخمي كشرط أن لا يأتيها ليلاً أو الأثرة عليها أو لا يعطيها الولد أو لا نفقة لها أو لا إرث بينهما في فسخه مطلقاً أو قبل البناء: ثالثها تخير المرأة ولو بنى بها في إسقاط فيمضي والتمسك به فيفسخ لنقل اللّخمي ونقله عن ابن زياد اهـ، ثم قال في التوضيح: القسم الثاني ما لا يناقضه بل يكون العقد يقتضيه وإن لم يذكر كشرطه أن ينفق عليها أو يبيت عندها أو لا يؤثر عليها ونحو ذلك، ووجود هذا وعدمه وسواء، ولا يوقع في العقد خللاً ويحكم به إن ترك أو ذكر إلا أنه إن شرط أن لا يضربها مثلاً، ثم أثبت الضرر فلها أن تطلّق نفسها من غير رفع لحاكم وإن لم تشرط ففي اشتراط الرّفع للحاكم وعدم اشتراطه قولان كما يقوله الناظم في فصل الضرر وبعث الحكمين وحيثما الزّوجة

يتجاوز فالنكاح صحيح، وإن كان مختلف فالنكاح فاسد هذا لفظه. وقياس المسألة على البيع قال فيه ابن منيث في ذلك نظر كما في الفائق. وقال ابن سلمون: فإن أغفل ذكر الأجل فيه فإن النكاح يفسخ قبل البناء إلخ. وفي كلامه أن عيسى روى الفسخ قبل البناء وبعده إذا لم يذكر للكائي أجل، وابن عرفة نقل كلام المتيطي وسلمه، وكلام ابن الناظم في أوله حسن لأنه استدل على الإغفال الذي في النظم بكلام الوثائق والمتيطي وذلك دليل على أن كلامهما في الغفلة. ثم قال بعد شرحه النظم بما ذكر ما نصه: أقول تبع الشيخ في التعبير عن كون الكائي غير مؤرخ بالإغفال من تأخير الموثقين، ولا يبعد أن يكون لفظ الإغفال منقوذاً عليهم لأن الذهول والغفلة لا يبنني عليهما حكم حتى يفسخ النكاح لقوله عنه: «رفع عن أمي الخطأ والنسيان»^(٥٩) وبعض ذلك قول ابن الحاجب في نواوله: إذا عقد النكاح ولم يضرب للكائي أجل فإنه يضرب له بحسب العرف الجاري في البلد في أجل الكوائ، وهذا القول أجود لأن النكاح أخف من البيع، وبه أفتى ابن رشد إلخ. وتقدم التنظير في هذا القياس من ابن مغيث. وما ذكره ابن الناظم هو شبه ما في المواق، وبه استدلل هذا الشارح. ولعل وجه التنظير أن بيع السلع بالخيار لها عرف بحسب كل جنس من المبيعات، قال ابن رشد نفسه على نقل المواق نفسه ما نصه: إن لم يضربا للخيار أجلًا واشترطاه فلا يفسد البيع، ويضرب لهما من الأجل ما تختبر إليه تلك السلعة لأن الحد في ذلك معروف، فإذا أخلا بذكره فأنهما دخلا على العرف والمادة، هذا لفظه عنه عند قول المصنف في الخيار أو مجهولة، فقوله بقدر ما تختبر هو ضابط للأجل في الخيار وليس تقديره موكولاً للبائعين لأن ذلك تحديد من غيرهما، ولأجل هذا قال في المختصر تبعاً لغيره كنهه في دار إلخ. ثم ذكر ما يفسد به البيع على الخيار أو مدة رائلة فجعل العقد فاسداً من أجل الزيادة على ما جرت به العوائد في مدة الخيار بحسب تلك الزيادة، ولا كذلك النكاح إذا أجل دون خمسين سنة، والكوائ موكول آجالها إلى الزوجين إذا لم تبعد جداً كستين سنة لأن ذلك في مظنة السقوط،

(٥٩) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

ثبت الضرر. القسم الثالث: ما لا تعلّق له بالعقد، فلا يقتضيه ولا ينفيه للمرأة فيه غرض كشرط أن لا يتزوّد عليها فذكر ابن الحاجب أنّه مكروه ويلغى ١ هـ وإلى هذه الأقسام الثلاثة أشار ابن الحاجب بقوله وإذا شرط ما يناقض مقتضى العقد مثل أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها فكالمصداق الفاسد وما لا يناقضه يلغى، فإن كان لها فيه غرض مثل أن لا يتزوّد عليها أو لا يتسرّى أو لا يخرجها من بلد أبيها أو بيت عمها وقال مالك: لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك وليس بلازم ١ هـ. «قوله أن ينهى الناس عن ذلك» أي عن التزويج على الشرط ولا يلزم الوفاء به بل يستحبّ ثمّ قال في التوضيح: وقول المصنّف في القسم الثالث مكروه سبب الكراهة فيه واضح لأنّ فيه تفويت غرض المرأة ولهذا قال ابن شهاب وغيره بلزوم الشروط هنا ١ هـ فقلوه وما ينافي العقد ليس يجعل شرطاً يعني ولا طوعاً، وهذا هو القسم الأوّل وقوله وغيره بطوع يقبل يشمل القسم الثاني والثالث إلا أن الثاني يجوز جعله شرطاً في العقد وطوعاً بعد، وأمّا الثالث فيجوز طوعاً بعده العقد ويكره اشتراطه كما تقدّم قال الشارح وكلّ ما لا ينفيه استخفّ الموثّقون كتبه على الطّوع ١ هـ. وقد أشار الشيخ خليل للقسم الأوّل بقوله وما فسد لصداقه (أو على شرط يناقض العقد) كان لا يقسم لها أو يؤثر عليها وإلى الثاني بقوله: وجاز شرط أن لا يضرّ بها في عشرة وكسوة ونحوهما وإلى الثالث بقوله: بخلاف ألف وإن أخرجها من بلدنا أو تزوّج عليها فالفان ولا يلزم الشرط وكره ولها الألف الثانية إن خالف. وفي الوثائق المجموعة: وكره مالك الشروط وقال لا أرى لأحد أن يكتب شهادته في كتاب فيه الشروط ويلزم النكاح وإن كانت بعقد يمين كقوله الدّاخلة طالق أو أمرها يسدّها والطّوع فيها أحسن من أن يعقد بشرط

فربما يرغب زوج في زوجة فيقصر الأجل، وربما ترغب هي فيه فتطوله، ويخرجان عن حد ما جرى به العرف في آجال الكوالم، ولذلك رأيت في سؤال اللؤلؤي لا يخرج عن العرف إلا الشاذ، والبيع لا يحل الخروج فيه عمّا جرى به عرف الخيار والأجل في النكاح مكروه ولا كذلك البيع، والخيار رخصة والمكروه لا تناسبه الرخصة، والبيع على الخيار منحل والنكاح منعقد، والأجل المجهول في المنحل أخف منه في المنعقد إلخ. ولعل هذا هو تنظير ابن منيّه فافهمه منصفاً لا متعسفاً، وقد تبين من هذا كله أن القياس فيه نظر واضح، وتبين أن هذا الكالم إذا ترك ذكر قدر الأجل فيه قصداً فلا إشكال في فسحه، وكذا غفلة أو نسياناً على المذهب وما به العمل، وسواء في الجميع تقرر عرف للكوالم أم لا، غير أنه إذا تقرر عرف الكوالم تقرر الأقوت فيه لصداق على صداق، فهذا لا يميز الدخول عليه ولا يفسخ النكاح به بعد وقوعه، ونرجع فيه للعرف كمسألة البيع، وأما إن وقع دخول فيه فلا فسح في الجميع على المذهب، وقد تبين صحة النظم المعبر بالإغفال، وهذا هو ظاهر قول خ: أو لم يقيد الأجل إلخ. ولكن انظر الشرح تر كلام الناس بأكثر من هذا وبإسبط. قوله: (أو على شرط يناقض العقد إلخ) انظر بسط هذا غاية في شرح هذا ص:

وهي محمولة على الطّوع حتّى يثبت أنّها كانت مشترطة في عقد النّكاح واختلف أهل العلم في النّكاح بالشّروط فرأى قومٌ فسّخه ورأى مالكٌ ومن ذهب مذهبه أنّ النّكاح بها مكروهٌ، فإن نزل بها لزمت وجار النّكاح ولهذا الاختلاف يكتب قومٌ من المؤتّقين شرط فلان لزوجه ثلاثة شروطاً طاع بها بعد أن ملك عصمة نكاحها.

(ويفسد النّكاح بالإمتناع في عقدته وهو على الطّوع اقتضي)

الإمتناع إعطاء الزّوجة أو أيّها شيئاً للزّوج إمّا في عقد النّكاح أو بعده كإمتناعه بسكنى دارها أو استغلال أرضها فإن كان ذلك في عقد النّكاح فسد النّكاح، وإن كان طوعاً بعد العقد جار قال الإمام أبو عبيد الله المازري في توجيه المنع وفساد النّكاح: لأنّ بقاء أمد الزّوجيّة بين الزّوجين مجهولٌ إذ لا يدري متى يقع الطّلاق أو الموت، فإن كان مجهولاً وقارن العقد فالصّدّاق المبذول من الزّوج بعضه عوضٌ عن هذا الإسكان المجهول، لأنّ السكنى من الأعراض الماليّة وهي أظهر في كونها عوضاً مالياً من الفرج ومحالٌ أن لا يجعل لها حصّةً من الصّدّاق. فإذا ثبت أنّ ذلك ممّا يعاوض عليه الزّوج وهو مجهولٌ فسد العقد فيه ويجب فسخ النّكاح المعقود عليه قبل الدّخول على المشهور إلا روايةً شاذّةً، وأمّا إن وقع الدّخول ففي فسّخه اختلافٌ مشهورٌ. ولما وقف الخطيب الشّهير أبو القاسم ابن جزيّ على جواب المازري المتقدّم أجاب بأنّ ذلك فاسدٌ من ثلاثة أوجه: الأوّل: ما ذكره المازري من الجهل في ذلك وما يقابله من الصّدّاق الثّاني: أنّه يجتمع فيه بيعٌ ونكاحٌ واجتماعهما ممنوعٌ وذلك أنّ الزّوج يبذل ببعض الصّدّاق في مقابلة الفرج وهو النّكاح وبعضه في مقابلة ما يمتنع به من المال وهو البيع الثّالث: أنّه يؤدي لأن يبقى النّكاح بغير صدّق، فإنّ الذي ينتفع به الزّوج من الاستغلال والسكنى ربّما يكون مثل الصّدّاق أو أكثر لا سيما إن طالّت مدّة الإمتناع فيقابل الصّدّاق بذلك فكأنّه لم يعطها شيئاً، ولكن إنّما يمنع من هذا الوجه إذا كان الإمتناع شرطاً مقارناً للعقد، فإن كان تطوّعاً بعد انعقاد البيع لم يمنع من هذا الوجه لأنّه كان المرأة أعطته حظّاً من مالها وذلك جائز بشرط أن لا تتعقد عليه القلوب حين العقد ويجوز أيضاً أن يكون مقارناً للعقد إن كان الإمتناع في غير ملك الزّوجة، ألا ترى ما روي عن مالك أنّه أجاز أن يقول الرّجل لآخر (تزوج ابنتي على أن أعطيك) مائة دينار لأنّ المائة دينار من مال والد الزّوجة لا من مالها، وهذا أشدّ من الإمتناع اهـ.

(ويفسد النّكاح بالإمتناع في عقدته وهو على الطّوع اقتضي)

قوله: (تزوج ابنتي على أن أعطيك الخ) هذا جائز، انظر بيانه غاية عند قول المختصر أو بإجماعه مع بيع يظهر لك صحة هذا وزيادة، وانظر أيضاً هذا فإنه في نكاح التفويض، ومن جملة ما نقلناه ما نصّه: قال ابن القاسم: وأما إن قال تزوج ابنتي ولك هذه الدار فإن هذا جائز

فصل في مسائل من النكاح

والعبد والمرأة حيث أوصيا وعقدا على صبي أمضيا

يعني أن العبد والمرأة إذا كان كل واحد منهما وصيًا على محجور ذكر وعقدا له النكاح فإنه يمضي ولو كان المحجور صبيًا صغيرًا لأنه وإن كان الآن صغيرًا فيصح منه العقد يومًا ما ومفهوم قوله (على صبي) أن العبد والمرأة الوصيين على صبي لا يصح عقدهما عليها بل يوكلان كما تقدم في قول الناظم في فصل الاولياء:

والمرأة الوصي ليست تعقد إلا بتقديم امرئ يعتمد

لأنها لا يصح لها أن تعقد على نفسها يومًا ما. ففي طرر ابن عات وأما العبد والمرأة فيزوجان بينهما وبني من أوصى بها إليهما الذكران قال الشارح: لم يتعرض الشيخ رحمه الله لجواز عقد الكافر على من أوصى به إليه لتدور إيصاله وفي الوثائق المجموعة: وللمرأة الوصي عقد نكاح من إلى نظيرها من أيتامها وعبيدها الذكران، وهذا خلاف يتيمنها وإمائها، فلا يجوز لها العقد عليهن إلا بتوكيل رجل يعقدها.

ولو لم يصدقها الزوج إلا تلك الدار، قال ابن محرز: ففرق بين أن يسمي الصداق أو لا يسميه، ورأى أنه إذا سمي الصداق قد سلك بما أعطاه مسلك المعاوضة والبيع، وإذا لم يسم فلما قصد بما أعطاه معونه، ولو أنه قال: أزوجك ابنتي بمائة على أن تبيعها دارك بمائة، أو كانت هذه المعاوضة مع الزوجة نفسها لكان ذلك جائز لأن المائة تقضي بالمائة وتكون الدار صداقها، ولو أن الولي قال للزوج: أزوجك بمائة على أن تبيعني دارك بمائة لكان ذلك فاسدًا لأنه بيع دار ومائة دينار يوضع ومائة دينار أه. وفرق اللخمي بين المسألتين بنحو ما فرق به ابن محرز ثم قال: والقياس أنهما سواء لأن العطية إذا تقدمت ولم يتزوج إلى آخر ما ذكره، والكلام فيه طول قف عليه في الشرح إن شئت، وإنما أتينا بهذا البعض لتفهم به قول هذا الشارح تبعًا لابن الناظم، ألا ترى ما روي عن مالك، وانتظر عند قول المختصر أيضًا: ولو طولب بصدقها لموتها إلخ وجلب ذلك بطول ص.

فصل في مسائل من النكاح

(والعبد والمرأة حيث أوصيا وعقدا على صبي أمضيا)

قوله: (على صبي) وكذا على سفيه كما هو كلام الناس ظاهر في هذا عند قول المتن: ووكلت مالكة ووصية إلخ. وعند قوله: وجبر أب إلى قوله: وفي السفيه خلاف. وهذا الشارح وابن الناظم لم يتنازلا لهذا صريحًا، مع أن ما استدلا به من كلام ابن عات والوثائق المجموعة ظاهر في العموم، وما ذكره من الفرق هنا بين الذكور والإناث قدمنا فيه فرقًا قويًا لابن رشد عند قول الناظم: والمرأة الوصي ليست تعقد إلخ ص:

والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله

يعني الأب إذا زوج ابنته البكر وكان متسع الحال فإنه لا يلزمه تجهيز ابنته من ماله يعني وإنما يجهزها من صداقها خاصة ويأتي أنه ينبغي تجهيزها بمالها من غير الصداق قال في الرائق المجموعة: ولا يلزم الأب أن يجهز ابنته بشيء من ماله اهـ قال المتطي: وإذا قبضت المرأة نقدها من زوجها أو قبضه وليها فمن حق الزوجة أن تسجهز به إليه، هذا هو المشهور من مذهب مالك وجميع أصحابه حاشا ابن وهب اهـ. وفي جواب الإمام أبي عبد الله المازري عن مسألة قوله ولو طول بصداقها لموتها فطالبهم بإبرار جهازها لم يلزمهم على المقول ما نصه الأصل في الشريعة عدم إلزام المرأة وأبيها جهازا والصداق عوض عن البضع وهو المقصود ولو كان عوضاً عن الانتفاع بالجهاز وهو مجهول لكان فاسداً لكن الأصل البضع وما سواه تبع وفي المذهب رواية شاذة غريبة أن ليس على المرأة تجهيز بصداقها فأحرى بما سواه وأنها في وثائق ابن العطار والرواية الأخرى تسجهز بالصداق خاصة اهـ وفي المختصر ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته إن سبق البناء ابن عرفة: المشهور وجوب تجهيز الحرة بنقدها العين. المتطي: ويشتري منه الأكدر فالأكدر عرفاً من فرش ووسائد وثياب وطبيب وخادم إن اتسع لها رواء محمد قيل وهو مذهب المدونة وما أحله بعد البناء، فلا حق للزوجة في التجهيز به وإن حل قبل البناء (فلغرمائها) أخذه في ديونهم وإن لم يحل بأعوه، وأما ما أجله قبل البناء فكالنقد اهـ.

(فرع: إذا تغالى الزوج) في الصداق ليسرها وإتيانها بما جرت العادة بتجهيز أمثالها به فامتنع أبوها من ذلك فإن كان ذلك قبل البناء فقال ابن رشد ومثله في نوازل العبدوسي،

(والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله)

قوله: (فلغرمائها إلخ) الذي في المتطي هو قوله ما نصه: قال في كتاب الديات: ولا تقضي منه ديناً قبل البناء إلا الشيء الخفيف كالدينار ونحوه. قال الداودي: وقد قيل لها أن تقضيه في دينها، وقاله ابن وهب. قال في العتية: وأما بعد البناء فلها قضاء دينها من شوارها ومن كالتصديقاتها، ورواه يحيى عن أبي القاسم قال ابن حارث: وإنما ذلك في الدين الحادث وأما القديم فلا اهـ. وصاحب المختصر قال: ولا تنفق منه وتقضي ديناً إلا للمحاجة والدينار وهو من باب اللف والنشر المرتب، وبه تفهم ما أجمله هذا الشارح، ولكن في الشرح كلام كثير في قضاء الزوجة دينها من صداقها وإنما لم نسقه لطول فقده عليه إن شئت، وصاحب الشامل قال ما نصه: ولا تقضي منه ديناً قبل البناء. وتنفق منه إلا كليناً أو محتاجاً بالمعروف وبعد البناء كمالها هذا لفظه، واحترر بقوله: وبعد البناء كمالها فإن ظاهره ولو لم يطل البناء وليس كذلك كما بيناه في الشرح، وانظر عند قول المتن: وهل تملك بالعقد النصف إلخ، وعند قوله: وتشطر إلخ.

قوله: (فرع: إذا تغالى الزوج إلخ) وحاصل ما في نوازل ابن رشد حين يمتنع الأب من

للزَّوج الخيار بين أن يلتزم النِّكاح على أن يجهزها له بنقدها خاصةً أو يطلق ولا شيء عليه وإن كان بعد الدَّخول، فقال في الملعلم يحطّ من الصَّدَاق الزَّيادة التي زادها لأجل الجهاز على الأصحّ عندنا إذا كان المقصود من الجهاز في حكم التَّبَع لاستباحة البضع كمن اشترى سلعين فاستحقَّ أدناهما فإنَّ البيع ينتفض بقدر المستحقة هـ وقبله ابن عات انظر شفاء الغليل في شرح قوله: ولو طولب بصدّاقها لموتها فطالبهم بإبراز جهازها لم يلزمهم على المقول.

وبسوى الصَّدَاق ليس يلزم تجهيز القَسِيب من يحكم

يعني أنَّ القاضي لا يلزم الثَّيب أن تتجهز بغير صدّاقها يعني بل بصدّاقها خاصةً، وأمّا بغيره، فلا يلزم لكن يستحبّ كما يأتي للنَّاطم فيلزم بضَمِّ الباء مضارع الِزَم ومن يحكم بفتح الكاف فاعل يلزم وتجهز مفعوله وبسوى متعلّق بتجهز قال في طرر ابن عات: وكذا الثَّيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصَّدَاق هـ وفي مسائل النِّكاح من المازري عن ابن مغيث إنَّ أبان الزَّوج روجته، ثم راجعها لم يلزمها أن تتجهز إليه إلّا بما قبضته في المراجعة خاصةً، وأمّا بنصف نقدها الذي قبضته قبل البناء، فلا هـ.

وأشهر القولين أن تجهزاً له بكالي لها قد حوزاً

يعني أنّه إذا حلَّ الكالي على الزَّوج قبل الدَّخول وقبضته قبل الدَّخول فأشهر القولين أنّها يلزمها أن تتجهز به لأنّه صار من جملة النِّقْد الذي يلزمها التَّجهيز به، والمشهور المقابل للأشهر لا يلزمها ذلك فالأشهر قول ابن درّب ومقابله لابن فتحون كما يأتي. قال في الوثائق المجموعة: والكالي إذا حلَّ أجله قبل البناء كان بمنزلة النِّقْد في دعوى الزَّوج قبضه

إعطاء ما جرى به العرف أنّه بعد موت البنت قبل الدَّخول فإنّه لا يخرج للمرأة ما يورث عنه إلّا صدّاق مثلها على أن تتجهز به فقط وقبل موتها ودخوله بها هو مختير في بقائه على النِّكاح، ولا شيء على الأب أو يطلق، ولا شيء عليه أي الزوج، وهذه فتوى العبدوسي باعتبار إغناء فاس قبل الدَّخول بالبنت وموتها، وأمّا بعد الدَّخول بها فيلزم الأب دفع ما جرت به العادة، ولم ينص ابن رشد على الحكم في هذا، كما أن العبدوسي لم يذكر حكم ما إذا ماتت البنت قبل الدَّخول، وفتوى المازري في الملعلم أنّه يحطّ عن الزوج ما زاده لأجل الجهاز، ولم ينص على أن ذلك قبل الدَّخول أو بعد، وفتواه في موت البنت قبل الدَّخول أن الأب لا يلزمه إبراز ما جرى به العرف، وظاهره أن الميراث يكون في جميع الصَّدَاق لا في صدّاق مثلها على أنّها لا شورة لها كما قاله ابن رشد، هذه رتبة هذه الفتاوى في المسألة، وقف على كلام الناس في المسألة في الشرح تر التحقيق فيها إن شاء الله تعالى، وادع الله تعالى لمن قرب واختصر وجلب ص:

(وأشهر القولين أن تجهزاً له بكالي لها قد حوزاً)

وكان للزوجة الامتناع من البناء حتى تقبض النقد والكالئ معاً، فإذا قبضت ذلك لزمها أن تتجهز إلى زوجها بجميع ما قبضت من نقد وكالئ قال الشارح: سيأتي للنظام بعد التصريح بأن القول قول الزوج بعد البناء فيما ادعى دفعه من حال الكالئ قبل البناء وأن للزوجة الامتناع حتى يدفع لها الكالئ الحال يعني في قوله: والقول واليمين للزوج ابنتي الآيات الثلاث وذلك قبل فصل ما يهديه الزوج، ثم يقع الطلاق. وفي مسائل ابن زرب: ولو حل الكالئ قبل البناء فدعاها الزوج إلى قبضه والتجهز به مع النقد فأبت هي من قبضه حتى يني بها لثلا يلزمها التجهز به قال: تخبر على أخذه وأن تتجهز به ذكره ابن سهل قال الشارح: وكذلك يظهر لو لم يحل أجله على قول ابن فتحون لأنه ليس على المرأة أن تتجهز بكالتها وإن قبضته قبل البناء إذا أراد الزوج دفعه وكان عينا فيلزمها قبوله دون التجهز به وقيدنا بالعين لأن غير العين لا يلزم قبوله قبل أجله، وأما على قول ابن زرب أنه لا يلزمها أن تتجهز، فلا يجوز لها قبوله لأنها إن قبلته لزمها أن تتجهز به وذلك لا يجوز لأنهم يقولون المبجل مسلف فقد سلف ليتفع بالجهاز صح من الشارح بالمعنى فراجعه إن شئت ومقابل الأشهر عند الناظم حكاها في الطرر عن ابن فتحون أنه ليس على المرأة أن تتجهز بكالتها وإن قبضته قبل البناء.

وللوصي ينبغي وللأب تشويرها بمالها والثيب

يعني أنه ينبغي للأب وللوصي تشوير البكر بمالها أي غير الصداق، وأما الصداق فقد تقدم أنها تتجهز به فالتجهيز بالصداق لازم وبغيره مستحب وعليه تكلم في البيت، وكذلك ينبغي للثيب أيضاً أن تشور نفسها بمالها رانداً على الصداق، وقد تقدم أنه لا يلزمها أن تتجهز بغير صداقها وأفاد هنا استحباب ذلك وقوله والثيب عطف على الوصي أي ينبغي للثيب ذلك ولولا أفراد الضمير في قوله بمالها لأمكن عطف الثيب على ضمير تشويرها من غير إعادة الحافض (وفي طرر ابن عات): وينبغي للأب أن يشور البكر بمالها، وكذلك

هذه المسألة هي التي أثناء قول المختصر ولزمها التجهيز على العادة بما قبضت إن سبق البناء وقضي له إن دعاها لقبض ما حل الخ.

وانظر عند قول المتن في فصل الصداق ووجب تسليمه إلى آخر تلك المسائل، وكلام ابن الناظم هنا جيد ص:

(وللوصي ينبغي وللأب تشويرها بمالها والثيب)

قوله: (وفي طرر ابن عات) لم يسبق هذا الشارح تبعاً لابن الناظم نصاً على ندب التجهيز للثيب بالمشاهدة، والناظم ذكر الندب للثيب كالأب والوصي، ومع ذلك لم يعترض على الناظم ولا أجابا عنه، ويحتمل أن يكون لفظ الثيب عطفًا على المضاف إليه تشوير وهو لفظها، أي

الوصي في اليتيمة ويشترى لها كسوة وحلياً لأن ذلك تطهر لها وصلاً ويرغب الناس فيها ولا يجبران على ذلك اهـ.

ورائد في المهر بعد العقد لا يسقط عمن راده إن دخلاً
ونصفه يحل بالطلاق من قبل الابتداء كالصداق
وموته للمنع منه مقتضى فإِنَّه كَهَبَةٌ لم تقبض

ينبغي للأب والوصي تشوير البكر بمالها والثيب أي بمالها أيضاً، بناء على أن العطف المقيد بقيد يقيد بذلك القيد، ويكون المراد بالثيب السفينة، وأما الرشيدة فلم يتكلم عليها ولا يظهر فيها النذب بليل تعليلهم النذب في البكر أن ذلك يرغب في نكاحها ويزاد في صداقها من أجل التشوير، والرشيدة أولى بنفسها، وربما لا تزيد رغبة الناس فيها ولا الزيادة في صداقها، لأن هذا أمر راجع لحق الإنسان، وهو مخير في جلب ذلك وعدم جلبه فافهم هذا فإن الرشيدة أعرف بمصالحها. ويدل على ما ذكرنا اقتصار ابن عات على ما رأيته من كون النذب للأب والوصي فقط إذ لم يذكر غير هذا، ولكن هذا إذا لم يوجد نص مما يعتد بكلامه، وإن وجد فرمما يوجه بأنه يزيد في الوداد الذي طلبه الشارع بين الزوجين. ص:

(ورائد في المهر بعد العقد لا يسقط عمن راده إن دخلاً)

الآيات الثلاثة، استشكل هذا الزائد باعتبار حكمه، فجعلوه كالصداق في التشطير بالطلاق قبل البناء، ويثبت بالدخول ويسقط بموت الزوج، وهو إشكال قوي حتى وقع في ذلك خلاف قوي، وإن كان المشهور وهو ما ذكره، ولذلك قال التوضيح على قول ابن الحاجب: وما راد في صداقها إلخ ما نصّه: هذا هو المشهور أي تشطيره. وقال ابن الجلاب: القياس عنده أن تجب له الزيادة، ونحوه للأبهري وغيره من شيوخنا العراقيين، ووجه أنكم لما حكمتم بالتشطير بالطلاق دلّ على أن الزيادة محكوم لها بكونها من الصداق، إذ لو كانت عطية لما تشطرت بالطلاق، وإذا حكم لها بحكم الصداق فلا تبطل بالموت، والجواب لابن القاسم أنها عطية، لكن لما التزمها على صفة أن تكون صداقاً فلاجل هذا أبطلنا لها بالموت وقلنا لا يلزمه في الطلاق إلا النصف لأنه لم يلتزم إلا ذلك إلخ. وهو في الحقيقة للمعطي فإنه ذكر هذا بعد أن قال للزوجة قبض هذه الزيادة فإن لم تقبضها حتى مات الزوج بطلت، ثم قال ما نصّه: قال بعض القرويين: ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول لأن الهبة لا تستقر إلا بالقبض، وإنما هي كالهبة لأجل البيع حكمها حكم الثمن، ولذلك إذا ردت السلعة ببب فإنها تردّ مع الثمن، ولو كانت هبة خاصة لم تردّ لأنها قد قبضت، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق اهـ. بلفظه. وهو كلام قوي ثمين. وانظر قول المختصر في كتاب الصرف: وردت زيادة إلخ يظهر لك ما أشار إليه. وقال عبد الوهاب في معونته شبه ما تقدم في كلام التوضيح عن العراقيين وتاهيك بالعراقيين، ولذلك اقتصر ابن هشام في مفيدته على ما قاله الجلاب ومن وافقه، مع أن كلامه إنما هو لبيان ما به

يعني أنّ من عقد على امرأة بصدّاق مسمّى، ثمّ رادها بعد العقد على ما سمّى لها حين العقد فإنّه إن دخل لزمته تلك الزيادة كاملة طلق أو لم يطلق عاش أو مات، وإن طلق قبل البناء لزمه نصفها، وإن مات قبل البناء سقطت الزيادة لأنّها كهبة لم تقبض. قال في المرقب: قلت: فإن تزوّجها على صدّاق مسمّى، ثمّ رادها بعد ذلك في صدّاقها من قبل نفسه، ثمّ طلقها قال لها نصف الزيادة بمنزلة ما وهب لها تقوم به عليه وإن مات قبل أن تقبضه، فلا شيء لها لأنّها هبة لم تقبض وفي المدونة: من تزوّج بمهر مسمّى، ثمّ رادها فيه طوعاً فلم تقبضه حتّى مات أو طلق قبل البناء لزمه نصف ما راد في الطلاق وسقط كله بالموت وفي ابن الحاجب: وما راده في صدّاقها طوعاً بعد العقد فإن لم يقبضه لم تأخذ منه في الموت شيئاً لأنّها عطية لم تقبض وتأخذ أو نصفه في الطلاق، وفي التوضيح أو للتفصيل أي تأخذ كله إن وقع الطلاق بعد البناء أو نصفه إن وقع قبله. اهـ وفي مختصر الشيخ خليل: وتشطر ومزيد بعد العقد بالطلاق قبل المسيس، ثمّ قال: وسقط المزيد بالموت فقط.

العمل، كما ذكره ابن النازم، وصاحب المفيد يتبع صاحب الكافي وهو يتبع ابن الجلاب بالمشاهدة. وذكر صاحب متابعه ابن عبد البر لابن الجلاب وهو خلاف المشهور كما رأيته. وقال ابن عرفة ما نصّه ابن بشير في بطلانه بالموت أي الزائد على الصدّاق قولان بناء على أن الملحق بالمقد كمنفصل عنه أو واقع فيه. ثمّ قال ما نصّه: إن الزيادة إذا صدرت من الزوج مقيدة بحكم المهر لا هبة مطلقاً، فاعتبر فيها حكم المهر عملاً بقصد الزوج إذ هو حق له في حياته فكان له نصفها في الطلاق، واعتبر فيها بعد موته الهبة لحق الورثة اهـ. بلفظه بعد نقله كلام المتطي. وقال أبو الحسن الصغير ما نصّه: هذه الزيادة بعد عقد النكاح لاستصلاح النكاح ونظيرتها في الصرف إذا قال: قد استرخصت مني الدينار فردني، وكذلك الزيادة في الطعام المسلم فيه، قال في السلم الثاني: فزاده لأردب معجلة أو موجلة جار، وهذه الزيادة التي بعد عقد النكاح فيها شائبتان: شائبة تشبه بها الصدّاق من أجل أنّها لاستصلاح النكاح، وشائبة تشبه بها الهبة من أجل أنّها بعد العقد، إذ لو شاء لم يزداه فزاعى فيها موجب الاحتمالين، فما وجب على الاحتمالين أوجه، ومتى لم تجب إلا على أحدهما سقطت، فإذا كان في الطلاق على احتمال أن تكون هبة والأصل بقاء ملك الزوج عليها فلذلك لم يوجبها لها، وإن كان في الموت فعلى احتمال أن تكون من الصدّاق وجب لها جميعها، وعلى احتمال كونها هبة سقطت لأنّها كهبة لم تقبض، فلما سقط ذلك على أحد الاحتمالين والأصل بقاء ملك الزوج عليها فلذلك لم يوجبها له، قال الشيخ: وهكذا تلقيت هذه الطريقة من شيعي عن شيخه أبي محمد صالح رحمهما الله اهـ. بلفظه، وهذا بسيط ولكن يحتاج إلى تدبّر وتمهل وتفكير، وهذا يدل على صعوبة وجه المشهور في النازلة لتكلم هؤلاء الفحول، ولا يحسن بمن شرح أن يخلو كتابه من هذا كله، وقد خلا من هذا شرح ابن النازم وشرح هذا الشارح، بل خلا من ذكر المسألة باعتبار ما فيها من الخلاف مع أنّه خلاف قوي، ص:

وإن أتى الضمان في المهر على إطلاقه فالحمل صح مجملًا

يعني أن من روج غيره كابنه وخديجه وصاحبه وضمن عنه الصداق في نفس عقد النكاح فإنه يحمل على الحمل الآتي أي على أنه يحمل به وتبرع به من ماله ولا يرجع على الزوج لأنه خرج مخرج الصلة والصدقة، وكذلك إذا روج ابنته وضمن لها الصداق فيلزمه ولا يرجع به على الزوج ولا يحمل على الحمل بمعنى أنه ضمنه عن الزوج ويرجع به عليه على قاعبة من ضمن وغرم عن المضمون عنه فإنه يرجع عليه ولا إشكال. قال في المقرب: قال سحنون: قلت لابن القاسم أرأيت لو أن رجلاً روج ابنته (وضمن لها الصداق) أيجوز ذلك؟ قال نعم وهو قول مالك وللابة أن تأخذ بصداقها أباهها ولا يكون للاب أن يرجع به على الزوج لأن ضمانه عنه في هذا الموضع على وجه الصلة له والصدقة وفيه أيضاً: قال

(وإن أتى الضمان في المهر على إطلاقه فالحمل صح مجملًا)

هذا قال فيه في المختصر ورجع لأب وذي قدر زوج غيره، وضامن لابنته النصف بالطلاق، ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحالة أو يكون بعد العقد، ولها الامتناع إن تعذر أخذه حتى يقدر وتأخذ الحال، ويطل إن ضمن في مرضه عن وارث لا روج ابنته اهـ. والكلام في هذه المسائل طويل جداً وقد استوفينا والحمد لله فقف عليه إن شئت. وقد قال أبو الحسن بعد نقله كلام المدونة ما نصه: الألفاظ هنا ثلاثة: لفظ الحمل لا رجوع معه مطلقاً كان في أصل العقد أو بعده. ولفظ الحالة على المكس في الرجوع مطلقاً كان في العقد أو بعده. ولفظ الضمان في العقد لا رجوع كالحمل وبعده فيه الرجوع على خلاف ذكره، ولكن هذا هو الراجح عنده، وتبعه أبو عبد الله الفشتالي قال أبو الحسن: وهذا حيث لا إبهام، وأما إن شرط الرجوع أو عدمه فلا خلاف في هذا وفي غيره من عقود المعاوضات، ثم قال: والمفرق بين هذه الألفاظ هو عرف الفقهاء، وصرح العبدوسي بما قاله أبو الحسن في الضمان وأنه في أصل العقد حمل وبعده حمالة، وذكر أبو الحسن أن ما بعد العقد يشترط فيه الحور، وكذا ذكره غير وقد لقننا في هذا بما نصه:

أنف رجوعاً عند حمل مطلقاً حمالة بعكس ذا قد حققا

لفظ ضمان عند عقد لا ارجعاً وبعده حمالة بلا دفاع

وكل ما التزم بعد العقد فشرطه الحور لدى من يجدي

أي ينفع، هذا هو ما تسر نقله. ولكن عليك بالشرح تر الحق إن شاء الله تعالى، ما أحوج هذا الشارح إلى نقل تحصيل أبي الحسن، ولكن هذا تابع لابن الناظم على عادته كما لا يخفى. قوله: (وضمن لها الصداق) أي في صحته كما في غير ما كتاب وهو في قوله المختصر: ويطل إن ضمن في مرضه عن وارث وهو شامل لغير البنت، والخلاف في ذلك قوي، فكان من حق هذا الشارح أن يبين ولكن تبع ابن الناظم في إطلاقه.

مالك في الرجل الشريف يزوج الرجل ويضمن عنه الصداق أنه لا يتبعه بشيء وقال المتطي: ولو ذكر في عقد الصداق أن فلان بن فلان الفلاني ضمن عن الزوج النقد ولم يبين هل هو على الحمل أو على الحماله قال: فصل مذهب ابن القاسم في الموثقة على الحمل حتى تراد الحماله نصاً قاله ابن الماجشون في الواضحة قال غير واحد من الموثقين: وبه الحكم. اهـ. قال مقيد هذا الشرح: عفا الله عنه وللخروج من الإجمال في مطلق الحمل يكتب الموثقون اليوم وبأن تحمّل والد الزوج عن ولده بجميع النقد لماله وذمته حملاً لا حماله خارج عن معنى الحماله وسبيلها والد الزوج فرض مثال فقط قال الشارح: ومما يتأكد معرفته هنا لزوم هذا الحمل للحامل عاش أو مات إلا أن ينفسخ النكاح بوجه من وجوه الفسخ ولزوم النصف في الطلاق وفي الخلع الخلاف هل يسقط عن الحامل الصداق جملة، أو يكون النصف المختل به للزوج المخالغ؟ وقال ابن الحارث في اتفاقاته: واتفقوا في الرجل يتزوج المرأة ويحمل عنه رجل الصداق وفي عقد النكاح أن الصداق على الحامل عاش، أو مات وإن انفسخ النكاح بوجه من الوجوه، فلا شيء على الحامل للزوج وإن طلق الزوج قبل الدخول فللزوجة نصف ذلك الصداق ويسقط عن الحامل النصف ولا يكون للزوج أن يتبعه بشيء.

(واختلفوا إذا خالغ امرأته) قبل الدخول. تذكر ابن حبيب في كتابه أن ابن القاسم يقول: يسقط عن الحامل جميع الصداق ولا يرجع الزوج عليه بشيء منه. وقال ابن الماجشون: إنما يرجع إلى الحامل نصف الزوج، وأما النصف الذي كان يجب للمرأة فهو للزوج قال الشارح: أقول: قد كان يجري في البحث عند الشيخ رحمه الله أن وجه القول

قوله: (واختلفوا إذا خالغ الخ) كان من حقه أن ينقل كلام المتطي ونصه: ولو بارأ الزوج زوجته قبل البناء على المتاركة وإسقاط النصف الواجب لها فهل يعود ذلك إلى الزوج أو إلى الحامل؟ فيه قولان، قال ابن القاسم في الواضحة: يرجع إلى الحامل وبه الحكم. وقال ابن الماجشون: بل يرجع إلى الزوج. قال ابن حبيب: وبه أقول. وقول ابن القاسم وهم لأن ذلك النصف بمنزلة الجميع لو بارأها على رده بعد البناء أليس إن جميعه للزوج فكذلك النصف. واحتج له محمد بن سعيد بأن الزوج بمنزلة من باع ما وهب له لأن بيع العصمة كبيع سلعة وهبت له. واختار اللخمي قول ابن القاسم قال: لأن قصد الأب الحامل أن يرى ابنة ذا زوجة وأن يعفه بالنكاح، فإذا لم يتم له قصده عاد إليه الصداق، ولذلك قالوا: إذا طلق عاد للأب النصف، فالوجه الذي رجع به النصف إليه به يرجع الجميع ع. غلط في نقل هذه المسألة من كتاب ابن حبيب كثيراً من القرويين والأندلسيين، فجعلوا الخلاف إذا طلق الابن قبل البناء ولم يذكر في الواضحة فيها خلافاً أن النصف راجع إلى الحامل، وإنما الخلاف إذا بارأ على المتاركة أي على جميعه قبل البناء اهـ. بلفظه. وابن النازم كأنه لم يقف على كلام اللخمي وهو قوله: لأن قصد الأب إلخ، حتى قال في ذلك: كان يجري إلخ، ونقله هذا الشارح عنه ولم يعترضه بما

الأوّل أظهر لآته إنّما تحمّل المتحمّل الصّدّاق على أن يصير المتحمّل عنه ذا زوجة ولم يتبرّع عنه مطلقاً اه فرغ: قال ابن سلمون: وللمرأة الامتناع من الدخول حتّى تقبضه فإن أعدم الحمل لم يكن للزوج سبيل إليها حتّى يدفعه ويتبع به الحامل إن دفعه فلن أباحت له الدخول دون شيء لم يكن لها قبل زوجها شيء وتتبع به الحامل إذ لا يطالب الزوج بما تحمّل عنه غيره في عقد النكاح قال ابن عثاب: حكى ابن مغيث أنّه إن كان للابن مالٌ وتحمل الأب عنه الصّدّاق وكانت المرأة مخيرةً إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه تنبيه: قال ابن سلمون هذا كلّ إذا كان الحمل في نفس العقد، وأمّا لو وقع الحمل بعد عقد النكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل بالوفاة إن لم تقبض في قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون تلزمه على كلّ حال.

ونحلة ليس لها افتقار إلى حيازة وذا المختار
وينفذ المنحول للصغير مع أخيه في الشاع إن موت وقع

النحلة ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه، أو والد الزوجة ابنته في عقد نكاحها وينعقد النكاح على ذلك، فإذا وقع ذلك فهي لازمة للتأهل في ماله وذمته يؤخذ بها في حياته وبعد موته لا يرثه منها إلا الأداء قاله في المتيطة فإن مات الأب قبل أن تحار فالنحلة صحيحة نافذة على القول المختار عند العلماء، وكذلك إن ماتت الابنة المنحولة فمن حق الزوج ميراثه في النحلة ابن سلمون: وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تغتفر إلى حيازة وقيل لا بدّ فيها من الحيازة وبالأوّل العمل لأنّها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة

اعترضناه. قال كاتبه: قول ابن حبيب قول ابن القاسم وهم لأن ذلك النصف إلخ فيه نظر، لأن الجميع بعد الدخول هو للزوجة بلا خلاف عندنا، والمباراة على الجميع قبل البناء قيل إن الزوجة لا شيء لها بالعقد فكيف يسوي هذا بهذا مع جوار مراعاة الخلاف؟ أيضاً إذا وقع الدخول حصل مراد الحامل في الجملة ولا كذلك قبل البناء، فإن الداخل بالزوجة تمّ عنده النكاح وصار محصناً وصارت الولادة بينهما محتملة إلى غير ذلك. والحاصل انظر الشرح ففيه الشفاء إن شاء الله تعالى. ص:

(ونحلة ليس لها افتقار إلى حيازة وذا المختار
وينفذ المنحول للصغير مع أخيه في الشاع إن موت وقع)

كلام الشارح على هذا حسن، ولكن انظر عند قول المتن: ولزمها التجهيز. وعند قوله: ولو طولب بصداقها إلخ، فإننا ذكرنا كلاماً حسنًا في النحلة والإمتناع، وكلام ابن النازم أوفى من كلام هذا الشارح، ومع ذلك بقيت أمور لم يذكرها، انظرها في المحل الذي أشرنا إليه، وانظرها هناك فقد بيّنا إدخال النحلة في كلام المختصر.

البيع ا هـ ومن كتاب ابن أبي زمنين: ومن تزوج وهو كبير مالمك لأمر نفسه ونحله أبوه نحلة انعقد عليها النكاح، ثم مات الأب قبل أن يقبض نحلته فقد قال بعض العلماء: إنها نحلة تامة وإن لم يقبضها الابن ا هـ والقول بعدم انقصارها للحوز، ولا تبطل بموت المعطي قبل القبض، قال المتطي: هو المشهور وعليه العمل وبه الحكم عند الجمهور ا هـ وإلى هذا أشار بالبيت الأول وأشار بالبيت الثاني إلى قوله في كتاب الاستغناء: إن نحل رجل ابنه الكبير في عقد نكاحه ونحل معه ابناً صغيراً أملاً مشتركاً، ثم مات الأب قبل بلوغ الصغير لنحل لهما إن حازها الكبير وإن لم يحزها جاز نصيب الكبير الذي انعقد عليه النكاح وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما قال المشاور: وأحب إلي أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح في بعضه كالحياة في جميعه للاختلاف في ذلك كمن تصدق على كبير وصغير ا هـ من ابن سلمون ونقله الشارح أيضاً. فرع: قال ابن سلمون: (ولا شفعة) في هذه النحلة على مذهب مالك رحمه الله وإن كان النكاح انعقد عليها واختلف في ذلك الشيوخ وهي بمنزلة الهبة والصدقة ولا شفعة فيهما وإن كان قد روى ابن عبد الحكم عن مالك أن فيهما الشفعة وقال به بعض الشيوخ في النحلة على رواية ابن عبد الحكم في الهبة وليس عليها عمل ا هـ فرع: إذا اعترف والد الزوجة أن لها أملاً وسماها في كتاب صداقها سئل عنه الأستاذ أبو سعيد بن لب فسأجاب بأن ما اعترف به والد الزوجة المذكورة نافذ لها مالا من مالها وملكا من أملاكها انظر تمام كلامه في الشارح وانظر ابن سلمون أيضاً، ثم قال رحمه الله:

ومع طلاق قبل الابتاء تثبت والفسخ مع البناء
والخلف فيها مع وقوع الفسخ في تناكح قبل البناء فاعصرف

يعني أن النكاح إذا انعقد على نحلة، ثم وقعت الفرقة فإن كانت بالطلاق قبل البناء فإن النحلة تثبت، وأحرى والله أعلم أن تثبت في الطلاق بعد البناء وإن كانت الفرقة بالفسخ لفساد ونحوه فإن كان بعد البناء فإنها تثبت أيضاً وإن كان الفسخ قبل البناء ففي بطلانها وصحتها قولان: ابن سلمون: وإن طلق الزوج زوجته قبل البناء فالنحلة جائزة للمنحول نافذة وإن فسخ هذا النكاح قبل البناء لفساد فيه ففي ذلك قولان أحدهما: أن النحلة تبطل وتعود إلى التاحل قاله ابن العطار والثاني: أنه لا تبطل وهي نافذة جائزة كالطلاق وإن كان الفسخ بعد البناء فالنحلة نافذة باتفاق ا هـ وقد أطال الشارح الكلام هنا وختمه بمسألة من روج ابنته ونحلها غيره نحلة، ثم طلقت قبل البناء ومكت والدها عن طلب ما نحلته به مدة فهل تأخذ ما نحلته به ولا يضر سكوت والدها عن طلبها؟ فأجاب

وقوله: (ولا شفعة إلخ) الخلاف على أنها كهيئة لا ثواب فيها أو كهيئة لثواب، فنفي الشفعة على الأول وثبوتها على الثاني أشار لذلك المتطي وذكر أن ثبوت الشفعة هو الأظهر.

الاستاذ أبو سعيد بن لبّ أنّه إذا ثبتت الشهادة بالتحلة على النّاحل في عقدة النّكاح فقد حصل ملك الزّوجة للشيء المنحول من غير افتقار إلى حيازة على القول المشهور المعمول به في ذلك.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

الزوج والزّوجة مهما اختلفا	في قدر مهر والنّكاح عرفا
فإن يكن ذلك من قبل البنا	فالقول للزّوجة قد تعيّن
مع اليمين إن تكن لم تحجر	(وعاقد يحجرها بها حري)
ويعد ذا يحلف زوج أنكرا	ثم يكون بعدها مخيرا
في دفع ما كان عليه القسم	أو الفراق دون شيء يلزم
وإن تراضيا على النّكاح	ففي الأصحّ الرّفع للجنّاح
وفي انفساخ حيث يفقد الرضا	بطلقة واحدة جرى القضا
وتأخذ الزّوجة مع نكوله	ما يقتضيه الحلف في حلوله
والحكم في نكول كل منهما	بما به بعد اليمين حكما
وقيل بل نكوله مصدق	لما ادّعته زوجة محقق

«قوله تداعي الزوجين» أي اختلافهما وذكر من ذلك الاختلاف في قدر الصّداق، وعليه تكلم في الآيات العشرة والثلاثة بعدها، ثم اختلاف في النوع والصفة، وذكر أنّه إذا اتفق الزوجان على النّكاح ولا نكرة بينهما فيه، وإنما اختلفا في قدر الصّداق فقالت الزّوجة: مائة مثلاً وقال الزوج: ثمانون فإن كان اختلافهما قبل البناء ولم يقع موت ولا فراق فالقول قول الزّوجة مع يمينها إن كانت رشيدة، وأمّا إن كانت محجورة فيحلف حاجرهما لأنّه هو الذي تولّى العقد عليها وفرط في الإشهاد، فإن لم يحلف ونكل عن

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

(الزوج والزّوجة مهما اختلفا في قدر مهر والنّكاح عرفا)

إلى آخر الآيات العشرة.

قوله: (وعاقد يحجرها بها حري) هذا إصلاح فيه نظر، فإن الولي هو الذي يحلف كان

اليمين غرم للمرأة الزائد على ما قال الزوج وهو عشرون في المثال المذكور لنكوله وتضييعه الإسهاد، وإلى هذا أشار الناطم بالأبيات الثلاثة الأول. فقلوه: فإن يكن ذلك أي الاختلاف من قبل البناء يعني ولم يقع موت ولا فراق ولذلك أصلح الشطر الأول من البيت

جابرًا أو لا، كما هو الذي في أنفال الناس، وكما يدل عليه كلام الحيطي الذي نقله ابن الناطم، وهذا الشارح والتعليل يدل على ما ذكرناه، والكلام هنا طويل، وكلام المختصر حسن جامع لهذه الأمور ونصه: وفي قدر المهر أو صفته أو جنسه حلفا وفسخ والرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع إلا بعد بناء أو طلاق أو موتها. فقلوه: يبين ولو ادعى تفويضًا عند معتاده في القدر والصفة ورد المثل في جنسه ما لم يكن ذلك فوق قيمة ما ادعت أو دون دعواه وثبت النكاح ولا كلام لسفيهية، وقد نقلنا عليه كلامًا محررًا في هذه المسائل نشير له في تقرير المتن وتضمنه إياه لطوله. فقلوه: وفي قدر المهر أو صفته أو جنسه أي وفي ضمنه النوع، فهذه أربعة أمور لا يختلف حكمها قبل البناء ولا موت ولا طلاق، والأب ونحوه في نحو البكر في حكم الزوجة، وكذلك ولي الصبي نحوه في حكم الزوج. وقلوه: حلفا أي ويقضى لتحالف على التناكُل وهو ظاهر، لأن طلب حلفهما إنما هو لنكول أحدهما مثلاً، وهذا كله مع تحقيق النكاح. وقلوه: والرجوع للأشبه إلخ هذا قال فيه ابن غاري ما نصه: يرفع غيره عطف الرجوع وإفراد الضمير ملاحظة لما ذكر، ونما اتدرج فيه التبذرة باليمين وكون نكولهما كإيمانها، والغرض اللدائي من التشبيه بالبيع الإحالة عليه في المشهورة التي عنيها في الأربعة، إذ قال في فصل اختلاف المتبايعين وفسخ إن حكم به ظاهراً وباطناً كتناكُلها، وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات وبدأ البائع اهـ. بلفظه. وهو مصرح بأن الشبه يراعى قبل البناء ولا موت ولا طلاق، وهذا مناف لقلوه: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات ولا فوت هنا مع أنه في البيوع خصّ التصديق بالمشتري وهو نظير الزوج هنا، واعتراض ح على قول المتن: وصدق مشتر ساقط كما بيناه في محله فجاء الإشكال غاية، وإن كان يمكن الجواب أن الزوج إذا أشبه هو كالمشتري لأن قوله: والرجوع للأشبه كالبيع يشير لما عنده في البيع وهو المشتري، ولكن لا جواب على الفوات إلا باعتبار ما ذكره ابن عبد السلام وتبعه المصنف من أنه يظهر أن العقد هنا بمنزلة الفوات، ولكن الفقهاء لم يعرجوا على ذلك كما قاله هو نفسه، وإنما الفوات هو البناء كما في قول القاضي وغيره وقد بينا ذلك ونقلناه، اللهم إلا أن يلعب على أن الشبه يراعى حتى قبل الفوات وهو قول قوي غاية، ونقلناه في البيوع عن المحققين فيزول الإشكال، وقول المصنف: وصدق مشتر إلخ أشبه البائع أم لا؟ فإن أشبه البائع فقط فقلوه كما أشرنا إليه هنا، ويمكن الجواب أيضاً بأن قول المتن والرجوع للأشبه إلخ التشبيه به في قول المتن إلى أن هذه الأمور تجري على ما في البيوع وإن ذكرها المصنف هنا قبل البناء ولا موت ولا طلاق، فذكرها هنا لا يخصص كون ذلك إنما يعتبر هنا، بل هي هنا جارية مجراها في البيوع، والمصنف قال في البيوع: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات فيعتبر الشبه هنا مع الدخول من الزوج لأن الدخول به يفوت البضع، ولو كانت هذه الأربع خاصة بما قبل البناء للزم أنه لا يكون التناكُل كالتحالف وذلك غير صحيح فإن التناكُل

الثاني فقيل: إن كان ذا قبل الفراق والبناء وقوله: وعاقده يحجرها بها حرى أي والعاقده على المرأة النكاح الحاجر لها حرى أي حقيق باليمين أي بأن يحلفها هو لا الزوجة وقوله وبعد ذا إلخ أي إذا حلفت الزوجة، أو حاجرها على المائة مثلاً فإن الزوج يحلف بعد حلفها أنه إنما تزوج بثمانين، ثم يكون مخيراً بعد يمينه في دفع ما وقع عليه القسم من المرأة وهو المائة، أو يفارق ولا شيء عليه وظاهر هذا، أو صريحه أنه إنما يخير بعد حلفه هو قال الشارح وهو كذلك على ما يأتي في واضحة ابن حبيب دون ما في التهذيب أي من تقديم تخيره على يمينه وإنه إذا حلفت الزوجة يخيره فيما ذكر قبل أن يحلف هو فإن دفع ما حلفت هي عليه لزم النكاح بذلك، وإلا فإن امتنع من دفع ما حلفت عليه حلف على ما ادعى واختلفا ولا

فيه كالتحالف بل ولا يجري فيه أيضاً، وبدأ البائع إذا مررنا على اختصاص الأربع بما قبل البناء وتخرج عليه أيضاً مسألة قول المتن: وإن قال أصدقتك أباك مع أن هذه الأمور داخلية كما في شراحة، وبه تعلم صحة اشتراط اللخمي وجود الشبهة في قول المتن ورد المثل في جنسه، مع أن الرد المذكور إنما يكون بعد التحالف كما في المتطعي وغيره، ولم يذكر ابن الحاجب وابن شاس قبله والقاضي وغيرهم كابن عرفة أن الشبه يعتبرها قبل البناء ولا طلاق ولا موت صريحه أصلاً، وإنما ذكر بعضهم في المحل المذكور الأربع أنها تجري هنا في التنازع في المهر مجرى اختلاف المتبايعين، ويدل لذلك قول ابن يونس بإثر مسألة قول المتن فقول يمين، ومسألة سحنون وابن حبيب ما نصه: ويراعى في ذلك اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبه وقبل لا يراعى ذلك كما اختلف في ذلك في البيوع إلخ فقله: كما اختلف إلخ يدل على أن ما هنا جار على مسائل البيوع وقول المصنف هنا، فقله بيمين نظير قوله في البيوع: وصدق مشتر إلخ، وقد تحصل من هذا أن المعتبر في الشبه هنا هو المعتبر في باب البيوع، وأن العقد هنا ليس هو الفوات وإنما الفوات هو الدخول، وأن الزوج إن أشبهه عند الفوات فإنه يحلف أشبه صاحبه الذي هو الزوجة أو لا، فإن نكل حلف صاحبه الذي هو الزوجة وقضى لها، وإن أشبهت الزوجة وحدها فالقول قولها، وكل من كان القول قوله فلا بد من يمينه وإن لم يشبه واحد منهما حلفاً ورجع لصداق المثل، هذا هو القياس باعتبار البيوع، ولكن لا تفهم ما هنا على الحقيقة إلا إذا فهمت ما شرحنا به في شرحنا مسائل البيوع المشار إليها هنا فقد حررنا ذلك وخصناه والحمد لله، ولكن ما هنا يكفي لليبس إن شاء الله تعالى تفهيمه، وقول المتن ورد المثل في جنسه ثالث أقوال فيه اعتبار الشبه كما في ابن عرفة ولم يمر في المتن عليه، وعلى هذا فالملخص من المتن وكلام الناس أن الاختلاف في الجنس والقدر والنوع والصفة قبل البناء ولا موت ولا طلاق، فالتحالف والتعاضخ مطلقاً، ولا عبرة بالشبه وبعد البناء أو الطلاق، فقول الزوج إن أشبهه في القدر الصفة وفي معنى ذلك النوع، وأما الجنس فالتحالف والرد لصداق المثل إلخ تأمله تفهم به ما في شروح المتن والتحفة وإن أطالت هنا شرحها وادع لمن قرب ونقل وجلب فإنك لا تجد هذا هكذا مجموعاً مقررراً إن شاء الله تعالى في غير هذا القرباس والله الهادي للصواب.

شيء عليه، ولهذا أصلح الشارح البيت الرابع فقال بعد قوله: «وعاقدٌ يحجرها به حري»:

ثم يكون زوجها مخيّرًا في دفعه المهر الذي قد أنكرا
أو اليمين وإذا ما يقسم كان الفراق دون شيء يلزم
قال الشارح: ثم يزيد بعد ذلك بيتاً نصّه:
أو كان بعد موتها أو فرقته فالقول قول الزوج دون زوجته

قال: وعلى هذا التقدير لم يكن نقص شيئاً من معنى المدونة في هذا الفصل إلا أنه اعتمد قول ابن حبيب ونقص هذه المسألة التي إذا كان الاختلاف فيها قبل البناء وبعد موت أو طلاق ولا أحسبه استلزم القول فيها أهـ. قوله: وإن تراضيا على النكاح البيت يعني أن الزوجين اللذين اختلفا في قدر المهر وتحالفا إذا تراضيا بعد تخالفهما على النكاح وذلك إذا رضي الزوج بما حلفت عليه الزوجة، أو رضيت الزوجة بما حلف عليه الزوج، أو تراضيا بغير ذلك فالقول الأصح أن ذلك صحيح بناءً على القول بأن النكاح لا ينقطع بينهما إلا بحكم الحاكم بالفسخ، وقبل الحكم ما رآه على نكاحهما. ومقابل الأصح أن النكاح يفسخ بينهما بنفس التحالف من غير افتقار إلى حكم، وعليه إذا تراضيا على النكاح بعد التحالف، فلا بد من شروط النكاح لا تنفساخ الأول، وإذا حلفا ولم يرض أحدهما بما قال الآخر وفسخ النكاح بينهما فإن فسخه يكون بطلقة واحدة وعلى ذلك نبه بقوله: وفي انفساخ حيث يفقد الرضا، فهو تصريح بمفهوم قوله: وإن تراضيا على النكاح وإذا حلفت الزوجة وكل هو وامتنع من الحلف فإنه يلزمه ما حلفت عليه وعلى ذلك نبه بقوله وتأخذ الزوجة مع نكوله البيت. ولم يتكلم الناظم على عكس هذه الصورة إذا نكلت الزوجة وحلف الزوج فإن النكاح يلزم بما حلف عليه الزوج والله أعلم وأشار لما إذا نكلا معاً بقوله: والحكم في نكول كل منهما البيتين وحاصله أن في ذلك قولين أحدهما: إن ذلك كالحكم بينهما بعد التحالف من تخيير الزوج في دفع ما ادعته الزوجة، أو الفراق دون شيء يلزمه وإلى ذلك أشار بقوله: والحكم في نكول كل منهما البيت القول الثاني: أن الزوج يلزمه ما ادعته الزوجة لأن نكوله عن اليمين محقق لدعواها عليه وإلى ذلك أشار بقوله وقيل بل نكوله مصدق البيت (قال المتطي): فإذا اختلف الزوجان في الصداق فإن كان اختلافهما في عدده قبل البناء من غير موت ولا طلاق فالقول قول المرأة مع عيبتها إن كانت مالكة أمر نفسها، أو قول من عقد النكاح عليها من أب أو وصي، أو ولي إن كانت محجوراً عليها على المستحسن من الأقوال وهي المبتدئة باليمين، أو أبوها هذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وفي كتاب ابن المواق أن الأب يحلف في صداق ابنته البكر. قال ابن حبيب في وأضحته: ثم يكون الزوج بالخيار بين أن يحلف على تكذيب المرأة أو تكذيب

أبيها وبين أن يلتزم على ما حلفت عليه المرأة، أو أبوها، أو يترك النكاح ولا يلزمه شيء من الصداق ولم ير النكاح منفسخاً بينهما بنفس التحالف حتى يخير بعد ذلك بين أن يدفع إليها ما حلفت عليه ويدخل بها شاة أو أبت، وبين أن يطلق ولا يلزمه شيء، وقاله القاضيان أبو الحسن بن القصار وأبو محمد عبد الوهاب، ونحوه للمغيرة أن لكل واحد منهما بعد التحالف من الخيار مثل ما لصاحبه في إمضاء النكاح على ما ادعاه الآخر، أو رده فإن أبا من ذلك فسخ بينهما بطلقة وقيل بغير طلاق قال الشارح: القول الذي حكاه المتيطي أولاً أنه يفسخ بطلقة هو الذي ذكر الشيخ رحمه الله أنه به جرى القضاء قال المتيطي: وقال سحنون: إذا تحالفا انفسخ النكاح بينهما كاللعان قال عبد الحق في كتابه عن نص شيوخه إذا اختلفا في الصداق قبل البناء فتحالفا فبعد التحالف وقبل فسخ النكاح رضي أحدهما بما قال الآخران ذلك ليس لمن أراده وليس ذلك مثل البيوع على مذهب ابن القاسم؛ لأن النكاح باب ينبغي أن يحتاط فيه فهو كاللعان بتمام التحالف ينفسخ كما قال سحنون وذكر عن الشيخ أبي عمران أن ذلك مثل البيوع يجري فيه الخلاف المذكور في البيع قال وقد نص على ذلك المغيرة أنه إذا رضي أحدهما بما قال الآخر تم النكاح قال الشيخ أبو القاسم بن محرز وهو الصواب. قال الشارح: وما حكاه المتيطي عن ابن عمران وصوبه ابن محرز هو الذي عبر عنه الشيخ بالأصح ثم قال الشارح: وهذه الأبيات المتكلم عليها تتزك على ما نقلته عن المتيطي بلا إشكال إلا أن بين ما اعتمده للمتيطي أنه المذهب وتبعه الشيخ وبين نص المدونة مغايرة ما في التخخير فهو في نص المدونة خير الزوج بين أن يعطي ما حلفت عليه الزوجة وبين أن يحلف وينحل عنه وهو فيما حكى المتيطي وغيره عن واضحة ابن حبيب يكون الزوج بالخيار بعد أن يحلف على تكذيب المرأة، أو تكذيب أبيها فقال في التهذيب: وإذا اختلف الزوجان في الصداق بعد الطلاق قبل البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، فإن نكل حلفت وأخذت ما تدعي، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادعى ورثتها تسمية وادعى الزوج تفويضاً فالقول قوله مع يمينه وإن اختلفا في الصداق من غير موت ولا طلاق فادعت المرأة أكثر مما أقرب به الزوج فالقول قولها ويخير الزوج في إتمام ما ادعته وإلا تحالفا وفسخ النكاح ولا صداق لها قال الشارح: قول المدونة بالتخخير قبل الحلف أجري على النظر وقد لا يخالف ابن القاسم ابن حبيب في انسحاب التخخير فيما بعد الحلف لأنها مسألة أخرى وهي بماذا يتقرر الفسخ هل بنفس الحلف، أو حتى يوقع؟ فتأمل، ثم قال في قوله: والحكم في نكول كل منهما البتين قال المتيطي: واختلف إذا نكلا جميعاً عن الإيمان فقيل ذلك بمنزلة ما لو حلفا وقيل القول قول المرأة قال الشيخ أبو الحسن: والأول أحسن، وكذا ذكر في كتاب السلم الثاني ١.

وحينما ادعى بما قد ينكر تردد الإمام فيه يؤثر

فقال يخلفان والنكاح بينهما الفسخ له يتاح

وجعل القول لمن جاء بما يشبه وارتنضاه بعض العلماء

يعني أنه إذا ادعى أحد الزوجين ما يستنكر ولا يشبه من الصّدّاق في القلّة والكثرة يعني وادّعى الآخر ما يشبه فإن الإمام مالكا رضي الله عنه تردّد في ذلك قوله فقال مرة يتحالفتان ويفسخ النكاح بينهما وقال مرة القول قول من ادّعى منهما ما يشبه كسائر أبواب الفقه قال المتطي: واختلف أيضا إذا أتى أحدهما يعني الزوجين بما يشبه وأتى الآخر بما لا يشبه ولم يكن بنى بها فقال مالك مرة يتحالفتان ويتفاسخان، وقال مرة القول قول من أتى بما يشبه دون الآخر قال الشيخ أبو الحسن: وهذا أصوب لأنّ ذلك دليل كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل قال ابن حبيب: وسواء كان اختلافهم في عدد الصّدّاق، أو في نوعه كان ممّا يصدّقه النساء، أو ممّا لا يصدّقه أهـ ومراده ببعض العلماء الشيخ أبو الحسن اللّخمي قال الشّارح تنبيه: مراد الناظم إذا ادّعى أحدهما ما يشبه وادّعى الآخر ما لا يشبه لقلّة، أو كثرة بدليل قوله وحيثما ادّعى بما قد ينكر وقوله وجعل القول لمن جاء بما يشبه وذلك يدلّ على أنّ الكلام المتقدّم قبل هذه الآيات حيث يدّعيان معاً ما يشبه، أو يدّعيان معاً ما لا يشبه والله تعالى أعلم قال رحمه الله:

والنّوع والوصف إذا ما اختلفا فيه للاختلاف في القدر اقتضى

يعني أنّ الزوجين إذا اختلفا قبل البناء في نوع الصّدّاق كأن يقول بشوب وتقول بمائة وقيمتها متساوية، أو اتّفقا على النّوع واختلفا في الوصف قال في التّوضيح كأن تقول بعدد تركي وقال هو بعدد نجحي فإنّ الحكم في ذلك يقتضي ويتبع الحكم في الاختلاف في القدر المتقدّم في صدر هذا الفصل وحاصله أنّه إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر تحالفا وتفاسخا ابن عرفة: في الزوجين يختلفان في قدر المهر، أو نوعه سمع عيسى عن ابن القاسم عن بعض روايات العتبية إن كان قبل البناء فالقول قول الأب، أو الولي إن كانت بكراً وتحلف إذ ليس لها الرضا بالمهر، فإن أعطى الزوج ما حلفت عليه وإلا حلف وانفسخ النكاح وقال في موضع آخر: وإن اختلفا في نوعه قبل البناء فللّخمي مع ما تقدّم ولابن رشد تحالفا وتفاسخا أهـ ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدر المهر، أو صفته قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا ويجري الرجوع إلى الأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع التّوضيح: احتزر بقبل البناء من بعده ونهياتي حكمه ويقول من غير موت، أو بطلاق ممّا لو حصل أحدهما وسياي وذكر المصنّف أنّ الحكم التحالف والتفاسخ فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت النكاح ولزم التاكل ما حلفت عليه الآخر وقوله وتحالفا أي بشرط أن تكون مالكة أمر نفسها وإلا فيحلف من عقد النكاح عليها من أب، أو وصي، أو ولي إن كانت محجورا عليها قاله المتطي وغيره أهـ. ويأتي هذا لابن الحاجب في قوله وإذا تنازع أبو البكر والزوج تحالفا ولا كلام لها التّوضيح: قوله: ويجري الرجوع إلخ أشار رحمه الله إلى

مسائل الأولى: إذا ادعى أحدهما ما يشبه هل يكون القول قوله أو يتحالفان؟ لمالك فيه قولان اللّخمي: والأول هو الصواب لأن ذلك كالشاهد يحلف معه من قام له والثانية: هل ينفسخ النكاح بتمام التحالف كالتّلعان وهو قول سحنون، أو لا ينفسخ؟ ولكل منهما الرجوع إلى قول الآخر وهو قول ابن حبيب والقاضيين ابن القصار وعبد الوهاب وبه جرى عمل الأندلسيين ابن محرز: وهو أصوب ولا شك على قول ابن حبيب أنه ينفسخ بطلاق وانظر على قول سحنون الذي يقول إنه ينفسخ بتمام التحالف كالتّلعان هل ينفسخ بغير طلاق أم لا. الثالثة تبدل الزوجة لأنها بائنة نفسها وملك في المختصر أنه يبدأ الزوج الرابعة: إذا نكلا قال اللّخمي قيل ذلك بمنزلة لو حلفا وقيل القول قول المرأة، وهذا كله داخل تحت قوله: وغيره كالبيع اه وقوله في البيت فيه أي المذكور من النوع والوصف ويجوز إفراد الضمير إذا كان العطف بأو قال رحمه الله:

والقول قول الزوج فيما عينا من قدره مع حلفه بعد البناء
وتحلف الزوجة إن لم يحلف وتقتضي ما عيّنت بالحلف

لما قدم الكلام على حكم الاختلاف في القدر قبل البناء أتبعه بالكلام عليه بعد البناء وهو تصريح بمفهوم قوله في البيت الثاني من هذا الفصل، فإن يكن ذلك من قبل البناء وأخبر هنا أنّ القول في ذلك قول الزوج مع يمينه فإن نكل حلفت الزوجة وأخذت ما حلفت عليه (قال التيطي) وإذا كان اختلافا بعد البناء في عدد الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه. قال ابن القاسم: لأنها مكّته من نفسها فصارت مدعية وهو مقر لها بدين فالقول قوله مع يمينه وإن نكل فالقول قول المرأة مع يمينها ويكون لها ما حلفت عليه، قال التيطي: هذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه اه ابن الحاجب: فإن تنازعا بعد البناء فالقول قول الزوج لأنه قوت وقال ابن حبيب: يتحالفان مع بقاء العصمة ويجب لها صداق المثل وقيل: إن اختلفا في صفته فما قال ابن حبيب وإن اختلفا في القدر فالقول قول الزوج مع يمينه التوضيح: أي فإن تنازعا بعد البناء في القدر، أو الصفة والأول مذهب المدونة، ثم قال في التوضيح فرع فإن اختلفا في الجنس بعد البناء فحكى اللّخمي والتيطي ثلاثة أقوال: الأول: أنّهما يتحالفان ويفسخ النكاح إن كان تنازعهما قبل البناء كان بما يصدق النساء، أم لا، وإن كان بعد البناء ثبت النكاح وترد المرأة إلى صداق مثلها ما لم يكن فوق قيمة ما ادّعت، أو دون ما ادعى الزوج إلا أن يرضى للزوج أن يعطيها ما ادّعت، وهذا كله قول مالك، ثم قال: وإذا قلنا بالتحالف ورد المرأة إلى صداق المثل فهل يثبت النكاح وهو المعروف في المذهب ورواه ابن وهب عن مالك، أو يفسخ وهو الذي في الجلاب اه وإلى هذا الفقه يعينه أشار النّاطم رحمه الله بقوله.

وإن هما تخالفا في نوع ما أصدق ما كان فحلّما الزما

وفي الأصح يثبت النكاح ومهر مثلها لها مباح

فقوله: وإن هما أي الزوجان تخالفا في نوع الصداق يعني وكان ذلك بعد البناء بدليل قوله في البيت قبله مع حلقه بعد البناء وقوله: ما كان أي كان مما يصدق النساء، أو لا وألف الزما للتثنية أي ألزما معاً بالخلف، وفي ثبوت النكاح وهو الأصح وفسخه قولان، وعلى كل من القولين فلها صداق مثلها وتقنم هذا في قول التوضيح وإذا قلنا بالتخالف رد المرأة إلخ اهـ.

فصل في الاختلاف في القبض

وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للتقد الذي قد وصفا

فالقول للزوج واليمين أو للذي في حجره تكون

يعني إن الزوجين إذا اختلفا قبل البناء فادعى الزوج أنه دفع الحال من الصداق وأنكرت الزوجة وزعمت أنها لم تقبضه فalcول في ذلك قول الزوجة مع يمينها، أو يمين حاجرهما إن كانت محجورة قال في التهذيب: وإذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق وأنكرت الزوجة، أو مات الزوج فادعت الزوجة أنها لم تقبض صداقها، أو مات الزوجان وتدعى ورثتها في دفع الصداق، فلا قول للمدخل بها ولو رثتها وإن لم يدخل صدقت هي، أو ورثتها اهـ (وفي نص التهذيب) هذا زيادة فوائد على المحتاج إليه من فقه البيتين والله أعلم، ثم قال رحمه الله تعالى:

والقول قول الزوج بعد ما بنى ويدعي الرقع لها قبل البناء

وهو لها فيما ادعى من بعد أن بنى بها والعرف رعيه حسن

يعني إذا اختلف الزوجان في دفع الحال من الصداق وكان اختلافهما بعد البناء فإن ادعى الزوج دفعه قبل البناء فalcول قوله مع يمينه، وإن ادعى دفعه بعد البناء فalcول قولها مع يمينها أيضاً، وتقدم نص التهذيب لهذا قال الشارح: مفسراً لقول الناظم: «والعرف رعيه حسن»: وللعرف في هذه المسائل تأثير فالحق مراعاته قال: وهذه المسألة الأولى في هذين البيتين قالوا: من باب ارتفاع أصل بغالب لأن الدخول بالزوجة دليل عندهم لصحة دعوى

فصل في الاختلاف في القبض

(وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للتقد الذي قد وصفا)

إلى آخر الآيات السبعة. قوله: (وفي نص التهذيب إلخ) ربما يدعي أنه لا زيادة لأن الناظم

الزَّوْجَ أَنَّهُ دَفَعَ نَقْدَ الْمَهْرِ قَبْلَهُ لِأَنَّهُ الْغَالِبُ عَادَةً فَارْتَفَعَ بِهِ أَصْلُ عِمَارَةِ الذِّمَّةِ بِخِلَافِ دَعْوَاهُ الدَّفْعَ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَلَا غَالِبَ مَعَهُ حَيْثُ شُدَّ فَيَجِبُ الْبَقَاءُ مَعَ الْأَصْلِ إِذْ لَا مَعَارِضَ لَهُ أَه، ثُمَّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

والقول واليمين للذي ابنتى في دفعه الكالئ قبل الابتنا
إن كان قد حلّ وفي الذي يحل بعد بنائه لها القول جعل
ثمّ لها امتناعها أن يدخلها أو تقبض الحائن ممّا أجّلا

يعنى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا بَنَى بِزَوْجَتِهِ وَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ لَهَا، أَوْ حَاجَرَهَا الْكَالِئُ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَانْكُرَتْ ذَلِكَ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَدْ حُلَّ عَلَيْهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحُلَّ إِلَّا بَعْدَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْيَمِينِ الْأَوَّلِينَ، وَأَشَارَ بِالْيَمِينِ الثَّالِثِ إِلَى أَنَّ الْكَالِئَ إِذَا حُلَّ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْتَنَعَ مِنَ الدَّخُولِ حَتَّى تَقْبِضَهُ لِأَنَّهُ صَارَ مِنْ جَمْلَةِ الْحَالِّ. قَالَ فِي الْمَقْرَبِ: قُلْتُ: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِصَدَاقٍ بَعْضُهُ مَعَجَلٌ وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلٌ وَدَخَلَ وَاخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الْمُؤَجَّلِ فَقَالَ: سَأَلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ مِائَةَ دِينَارٍ وَخَادِمًا إِلَى سَنَةٍ فَقَدْهَا الْمِائَةُ وَدَخَلَ عَلَيْهَا بَعْدَ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ تَزَوُّجِهَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الْخَادِمِ فَقَالَ مَالِكٌ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا بَعْدَ مَضِيِّ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ مَضِيِّ

قَالَ بَعْدَ هَذَيْنِ الْيَمِينَيْنِ: وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بَعْدَمَا بَنَى الْإِنْسَانُ وَالْمَوْتَ كَالْبِنَاءِ. تَكْمِيلٌ: قَالَ فِي الْمَخْتَصَرِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ مَا نَصَّهُ: وَفِي قَبْضِ مَا حُلَّ قَبْلَ الْبِنَاءِ قَوْلُهَا وَيَعْنِي قَوْلُهُ يَمِينُهَا فَيُفْهَمُ أَنَّ الْوَهَابَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَكْتَابَ، وَإِسْمَاعِيلُ بَانَ لَا يَتَأَخَّرُ عَنِ الْبِنَاءِ عَرَقًا إِلَى الْإِنْسَانِ. وَصَاحِبُ التَّحْقِيقِ تَرَكَ هَذَيْنِ الْقَيْدَيْنِ، وَقَيَّدَ عِيَاضَ ذَلِكَ أَيْضًا بِقَوْلِهِ مَا نَصَّهُ: وَمَا قَالَهُ مَالِكٌ إِنَّمَا هُوَ إِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ دَفْعَهُ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَأَمَّا إِنْ ادَّعَى دَفْعَهُ بَعْدَ الدَّخُولِ فَلَا يَصْدُقُ فِيهِ كَسَائِرُ الدِّيُونِ إِلَى الْإِنْسَانِ. وَتَرَكَ خَ هَذَا الْقَيْدَ أَيْضًا وَإِنْ ذَكَرَ مَا قَبْلَهُ، وَكَانَ قَيْدُ عِيَاضٍ يَفْهَمُ مِمَّا قَبْلَهُ، لِأَنَّ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ بَعْدَ الدَّخُولِ لَمْ يَظْهَرِ فَرْقٌ بَيْنَ دَعْوَاهُ أَنَّهُ دَفَعَ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَلَمْ يَبَيِّنْ، وَبَيَّنْ دَعْوَاهُ أَنَّهُ دَفَعَ بَعْدَهُ حَتَّى يَصْدُقَ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ عَلَّلُوا أَنَّ الْقَوْلَ لِلزَّوْجِ بَعْدَ الدَّخُولِ بِأَنَّ الْعَرَفَ جَارٍ أَنَّ الزَّوْجَةَ لَا تَسْلِمُ سَلَحَتَهَا قَبْلَ قَبْضِ عَرِضِهَا، وَلِلَّذِي ابْنُ عَرَفَةَ تَرَكَ أَيْضًا هَذَا الْقَيْدَ وَذَكَرَ الْقَيْدَيْنِ الْآخِرَيْنِ، وَقَدْ مَرَّ فِي الْمَخْتَصَرِ عَلَى اعْتِبَارِ الْقَيُودِ الْمَذْكُورَةِ وَلِلَّذِي لَمْ يَقُلْ: وَهَلْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَكْتَابَ إِلَى الْإِنْسَانِ، وَقَدْ نَقَلْنَا فِي الشَّرْحِ كَلَامَ النَّاسِ الدَّالَّ عَلَى أَنَّ الْمَنْهَبَ هُوَ اعْتِبَارُ الْقَيُودِ الْمَذْكُورَةِ، وَيَظْهَرُ مِنَ الْكَلَامِ أَنَّ قَيْدَ الْبَكْتَابِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ كِتَابٌ مُخَالَفٌ لِكِتَابِ الصَّدَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي الشَّرْحِ أَيْضًا، وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ صَعَابٌ غَايَةٌ، فَيُحْتَاجُ الْقَاضِي إِلَى الْبَحْثِ عَنِ الْعَوَالِدِ وَإِلَى النَّظَرِ فِي أَحْوَالِ النَّاسِ، فَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ أَهْلِ الْبُودَايَةِ يُعْطِي الزَّوْجَ مِنْهُمْ لَوْلَى الْمَرْأَةِ مَا يَطْلُبُهُ، وَيُوَخِّرُ عَنْهُ بَعْضُ الصَّدَاقِ الْمَقْدَمِ لِأَجْلِ مَا أُعْطِيَهُ، وَلَا يَكْتُبُ الْوَلِيَّ أَنَّهُ بَقِيَ عَلَيْهِ كَذَا، وَيَدْخُلُ الزَّوْجُ فَيَأْتِي الْقَاضِي الَّذِي لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى فِعْلِ النَّاسِ فَيَصْدُقُ الزَّوْجَ فِي الدَّفْعِ لِدُخُولِهِ وَذَلِكَ خَطَأٌ صَرَّاحٌ، وَمِنْ مَسَاجِدِ النَّاسِ وَرَفَعَ لَهُمُ الرَّأْسَ

السنة فالقول قول المرأة فكل ذلك مسائلتك وفي التواذر من كتاب ابن الموار قال مالك: لا تقبل دعوى المرأة بعد البناء أنها لم تقبض صداقها إلا فيما يحل منه قبل البناء وفي التواذر عن كتاب ابن الموار عن رواية أشهب: من تزوج بعاجل وأجل فله البناء يدفع المعجل فإن لم يدخل حتى حل المؤجل فله منعه حتى تقبض جميعه اهـ.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

وكل ما يرسل الزوج إلى زوجته من الثياب والحلي
فإن يكن هدية سماًها فلا يسوغ أخذها إليها
إلا بفسخ قبل أن يتيها فإنه مستخلص ما بقيا
وإن يكن عارية وأشهدا من قبل سرّاً فله ما وجدوا
ومدّع إرسالها كي تحسب من مهرها الحلف عليه قد وجب
ثم لها الخيار في صرف وفي إمساكها من الصداق فاعرف
ومدّعي الإرسال للثواب شاهده العرف بلا ارتباط

يعني أنّ ما يرسله الزوج ويبعثه إلى زوجته قبل البناء من الثياب والحلي وغير ذلك، ثم يقع الفراق بطلاق أو يفسخ فهل يرجع ذلك للزوج، أو تستبدّ به الزوجة؟ في ذلك

اطلع على ما هو أكثر من هذا، هنا يحتاج القاضي إلى السؤال عن الأحوال والبحث عن شأن النسوان والرجال، فربما تكون المرأة راغبة في الزواج غاية فتؤخر عنه، وربما يكون العكس فلا، ومن راقب الله منحه هذه، ولكن قف على الشرح تر ما ينجي من عذاب الله بحول الله وقوته.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

(وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلي)

إلى آخر الآيات السبعة. وملخصها إن سمي ذلك هدية فلا يرجعه إلا في فسخ النكاح قبل البناء فله الرجوع ما بقي فقط، وإن أشهد سرّاً بأن ذلك عارية فله الرجوع ما وجد من ذلك في الفسخ والطلاق، وإن ادعى أن ذلك من الصداق حلف وخير الزوجة في ردّ ذلك له وعهد من الصداق، وإن ادعى أن ذلك هبة للثواب فذلك مصروف للعرف إلخ، وهذا باختصار من شرحها لكن بيّناها في شرحنا وفي المختصر وفي تشطر هدية بعد العقد وقبل البناء أو لا شيء له وإن لم تفت إلا أن يفسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها لا إن فسخ بعده روايتان إلخ. فقله: بعد العقد أي وقبل البناء أي وطلق قبل الدخول، وحاصل كلام الناس في هذا إن أهدي هدية قبل البناء وطلق

تفصيلٌ فإن سمي ذلك هديةً فليس له ارتجاعه وكان للزوجة إلا أن يفسخ النكاح بينهما قبل البناء بوجه من وجوه الفسخ فله حيث استخلص ما بقي دون ما ضاع منها، فلا تطالب به وعلى ذلك نبه بالآيات الثلاثة الأولى، وإن أشهد الزوج سرًا بأن ذلك عارية للزوجة فله استرجاع ما وجد منها في الطلاق والفسخ وبقاء العصمة، فإن ادعى إرسالها تحسب له من المهر حلف على ذلك وكانت الزوجة مخيرة بين صرف ذلك للزوج وردّه له، أو تحبس ذلك وتحسبه من المهر كما زعم الزوج وإن ادعى أنّ ذلك هبةً للثواب رجع بذلك للعرف، فإن شهد له العرف صدق في دعواه وإلا، فلا (قال في التوارد) والعتيبة: روى عيسى وأصيب عن ابن القاسم فيمن أهدى هديةً لزوجته، ثم طلق قبل البناء والهدية قائمة، فلا شيء له فيها ولو عثر على فساد النكاح يفسخ فما أدرك منها أخذه وما فات، فلا شيء له فيه قال عنه أصيب ولو طلق عليه لعدم الثقة وشبه هذا فهو كطوعه بالطلاق، فلا شيء له فيه، وكذلك قال ابن حبيب إذا أهدى، ثم طلق قبل البناء. وفي التوارد من كتاب ابن الموار: قال ابن القاسم ومن بعث إلى زوجته متاعًا وحليًا وأشهد أنّه عارية ولم يعلم أولياؤها فذلك على ما أشهد إن أدركه أخذه وإن تلف ولم تكن علمت بما أشهد حتى تقبله على العارية، فلا ضمان عليها وفي التوارد أيضًا من الواضحة: وما أهدى النكح من حلي، أو ثياب، ثم أراد أن يحتسب ذلك في الصداق فليس له ذلك إذا سمّاه هديةً وإن لم يسمه هديةً حلف ما أرسله هديةً وما بعثه إلا لينقصه من الصداق فذلك له فإن شامت الزوجة قاصته به، أو ردته وقاله أصيب عن ابن القاسم وقاله غيره من أصحاب مالك وفي المغرب: قال مالك: وليس بين الرجل وامراته ثواب في الهبة إلا أن يعلم أنّها أرادت بذلك الثواب مثل أن يكون الرجل الموسر تكون لامراته الجارية الفارغة فطلبها منها فتعطيها إياها لتستغزر عطيتها، وكذلك الرجل فيما يهب لزوجته. وفي الوثائق المجموعة: فإن لم يسم هديةً ولا أعلن بها وادعى

قبله أو بعده فلا رجوع له مطلقًا وإن كانت قائمة لأنه طلق باختياره ولا خلاف في ذلك، وإن طلق لعدم الإتيان فذلك على الراجح وهو قول ابن القاسم، ولأجل اتهامه على إخفاء مال أتبع بنصف الصداق عند الطلاق عليه بذلك، وعليه فالطلاق مبطل لها مطلقًا وإن فسخ قبل البناء، فيأخذ القائم منها على الراجح فيما يظهر، وإن فسخ بعد البناء فقد فانت وإن كانت قائمة كالطلاق، وإن كانت الهدية بعد الدخول والطول فلا رجوع فيها، وإن لم يكن طول فله أخذ هديته، وهذا كله في الهدية للطوع بها ولم تشترط ولا جرى عرف فيها، وإما أن اشترطت فكالصداق في جميع الأحوال وإن جرى بها عرف فأجرها ابن حبيب، كذلك على القول الذي يقضي بها فللنصف في الطلاق قبل الموت وتكمل به وأبطلها مالك في الموت والطلاق، وعلى قول من لا يقضي بها فهي كالمتطوع بها من غير شرط إلخ. وهذا كله في الهدية، فافهم به ما لم يذكره هذا الشارح، وانظر عند قول المتن: وهدية اشترطت لها أولولها، وعند قوله: وفي القضاء بما يهدي عرفًا قولان في الشرح.

أنه أرسل لها ثياباً ليكافأ عليها فإنه ينظر إلى حال أهل البلد فإن كان المتعارف عندهم أن الرجال إنما يهدون إلى نسائهم ليكافئوا على ذلك كان القول قوله فإن لم تكن في البلد سيرة بالكفاة ولا رقي من الزوج إن ذلك كان منه على طلب المكافأة ولا ذكر وجهاً غير طلب المكافأة ولم ير في وقت الهدية ما يدل على إرادته التي ذكر لم يكن له فيها قيام إن شاء الله تعالى.

وشرط كسوة من المحظور للزوج في العقد على المشهور

يعني: أن اشتراط الزوج على الزوجة كسوة له في نفس عقد النكاح محظور وممنوع على المشهور من المذهب لأنه جمع بين النكاح والبيع وذلك ممنوع لافتراق أحكامهما لأن البيع مبنى على الكفاية^(٦٠) وتجاوز فيه الهبة والنكاح مبنى على المكافأة ولا تجوز فيه الهبة فافتراقاً فإذا جمعا لم يدر ما ينوب البضع ولا ما ينوب الكسوة مثلاً بما أعطى الزوج فمأل ذلك إلى الجهل بالصدق ويعوض الكسوة، والجهل في ذلك ممنوع وقيل في وجه المنع أيضاً إن الكسوة قد تساوي ما أعطى الزوج فيخلو البضع عن العوض والقائل بهذا يمنع ذلك، ولو كان فيما أعطى الزوج فضل كثير على ما أعطته المرأة خماسية للزرائع فيخشى إن صح الأمر من هذين أن لا يصح من غيرهما فإن وقع ذلك فسخ قبل البناء وثبت بعده بصدق المثل، وفهم عن قوله وشرط أن ذلك يجوز إن كان طوعاً بعد العقد وللزوج يتعلق بشرط (قال الشارح: وفي وثائق ابن سلمون تقرير العمل) بهذه المسألة وكأنه ارتكب فيها غير المشهور والله أعلم وتقدم نحو هذه المسألة في قول الشيخ:

ويفسد النكاح بالإمتاع في عقده وهو على الطوع انتفى

فراجعه إن شئت.

فصل في الاختلاف في الشوار للمورد بيت البناء

والأب إن أورد بيت من بنى بيئته البكر شواراً الابن

قوله: (قال الشارح: في وثائق ابن سلمون إلخ) انظر عند قول المختصر: وهو طلاق إن اختلف فيه، وعند قوله: أو باجتماعه مع بيع إلخ في فصل الصداق، وعند قوله: ولو طوب بصادقها موتها إلخ في فصل التفويض.

فصل في الاختلاف في الشوار للمورد بيت البناء

(والأب إن أورد بيت من بنى بيئته البكر شواراً الابن)

(٦٠) الكفاية: القناعة في استيفاء ما هو لفتح.

وقام يدعي إعرارة لما زاد على نقدٍ إليه سلّما
فالقول قوله بغير بيته ما لم يطل بعد البنا فوق السّنه
وإن يكن بما أعار أشهدا قبل الدّخول فله ما وجدا
وفي سوى البكر ومن غير أب قبول قولٍ دون إشهاد أبي
ولا ضمان في سوى ما اتلفت مالكةً لأمّرها العلم اقتفت

يعني أنّ من روج ابنته البكر وأورد شوأرها بيت بناء الزّوج بها أي أرسل الشّوار (وهو ما اشترى لها بنقدها) من ثياب وحليّ وغطاء ووطء وغير ذلك لبيت البنت المذكورة فكان ذلك تحت يدها، ثم ادّعى الأب أنّ الشّوار المذكور، أو بعضه عاريةٌ يدها فإنّه ينظر فإن كانت قيمة الشّوار مثل ما قبض من صداق ابنته، أو أقلّ، فلا تقبل دعواه ولا يلتفت إليها وإن رادت قيمته على ما قبض فتقبل دعواه العارية في ذلك الزّائد مع يمينه إن ادّعى ذلك

إلى آخر الآيات السّنة. قوله: (وهو ما اشترى لها إلخ) هذا غير مناسب لقوله: ثم ادّعى إلخ بدليل التأمّل، وقد قال في المختصر في هذه المسائل في فصل التفويض ما نصّه: وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في البسة يمين وإن خالفته الابنة إلّا أن بعد ولم يشهد اهـ. وقد أكثر الناس الكلام في هذه الأمور غايّة، ولكن نضمته تقرير المتن فتقول وفي الله المأمول: فقوله: وقبل دعوى الأب إلخ يشعر بأنّه لا بيعة له على العارية وهو كذلك. وقوله: الأب يشعر أيضاً بأنها بكر في حجره وكذا من في حكمها وهي الثيب المولى عليها، وربما يشعر أيضاً بأن الوصي كالأب في محجورته ولو ثيباً وهو. كذلك إذ المدار على كون المعير له النظر في مال البنت المدعى عليها العارية. وقوله: الأب يقتضي أن الأم بخلاف ذلك وهو كذلك إلّا أن تكون وصية وإن لم تكن وصية، فالصواب على ما يظهر من كلام الناس أنّها لا مقال لها، ولا تصدق قبل السنة ولا بعدها، وفيها كلام طويل نقلناه في الشرح، ولكن انظر عند قول المتن كأم إن قلّ في الوصايا، وعند قوله: وقسم عن صغير أب إلخ في كتاب القسمة، وعند قوله: لا حاضِر في كتاب الحجر، فإن من وقف على هذه المواضع يظهر له أن الأم كالأب في هذا المحل، وبه اتّفق ابن عرفة أولاً، وإن توقف في ذلك حين عورض في المسألة كما في البرزلي، ولكن مال لكلام ابن عرفة بعض الشيوخ للعرف كما في حلوله، وهذا يرجع على ما يفهم من كلام الناس أنّها مخالفة للأب من جهة، فإن الأم إذا كانت رشيدة جلدة والبنت متضمنة إليها بارة بها ولا أب للبنت فإنها كالأب في هذا بدليل العرف، فإن من مارج الناس علم أن الأم بالوصف المذكور كالأب أو أكثر، لأن الأمهات رأبناهن يعرن بنتهن الحوائج العظيمة الأثمان ويتكلفن في ذلك غاية وتفعل ذلك، ولا ترجع عن فعلها إلّا إذا لم تجد لذلك سبيلاً بكل حال، ولا سيما في بلدنا فاس أدامها الله لاهلها وأمتهم بها، فإن نساها يجتهدن في هذا لبنتهن غاية ويبلغن في ذلك النهاية، ولا سيما له إن كن من أهل البيوتات ومَن تنافس في هذا ومروءة تامة ومَن يخفن من العار، فافهم هذا يظهر غاية

داخل السنة من يوم البناء بالبت المذكورة فإن انقضت لم تقبل دعواه وإلى هذا أشار بالآيات الثلاثة الأول هذا إذا كانت العارية المذكورة بمجرد دعوى الأب، وأما إن شهد بالعارية قبل البناء بالبت يعني، أو بعده بالقرب جداً فلأب من تلك العارية ما وجد منها دون ما تلف، فلا تضمنه البت إن لم تعلم بالعارية كما يأتي وإلى هذا أشار بقوله وإن يكن بما أعار أشهدا البيت، ثم صرح بمفهوم وصف البت بالبكارة وبمفهوم الأب في قوله والأب فأخبر أن الزوجة إذا كانت ثيباً، فلا تقبل دعوى الأب العارية لها لا داخل السنة ولا بعدها وأحرى عدم قبولها من غير الأب كالألم أم غيرها كالوصي والولي وأن مدعي العارية إن كان غير أب كأم، أو وصي، أو ولي لم تقبل دعواه لا للبكر ولا لغيرها وإلى هذين المفهومين أشار بقوله وفي سوى البكر ومن غير أب البيت، ثم بين ما يضمن من العارية وما لا يضمن منها فقال ولا ضمان في سوى ما أتلقت يعني إذا صحّت العارية فوجد المعار تالفاً كله، أو بعضه، فلا ضمان على البت المذكورة فيما تلف إلا في وجه واحد وهو إذا

فاشدد عليه يدك إن كانت الأم عليّ ما وصفنا، واجتهد وراغ القرائن ولا تجاوز فالأمر صعب غاية وبالغ في الشدة النهاية. وقوله في إعادته أي فيما زاد على ما دفعه الزوج من النقد كما هو في كلام الناس من كل من وقفنا على كلامه ولكن لم يذكره في المتن وذلك لوضوحه، لأن النقد إذا قبضه وهو عشرون وشورها^(٦١) بعشرين فلا معنى لقوله نصفها عارية مني لها، فلهذا ذكر المصنف، وبيننا ذلك في الشرح غاية، وقد قال في المتن ولزمها التجهيز على العادة، وقد ذكروا أن المدار هنا على العرف، وقد أشار لذلك ابن حيد السلام وذكر في ذلك مسألة يطول جليها بنا هنا وذكرناها في الشرح، وأن العادة إذا جرت بالإعارة فلا حيرة بالطول ولو أكثر من سنة. وقوله في السنة في الفائق ليست السنة بطول قاله في واضحة ابن حبيب، وبه قال واحد من المؤثرين والفقهاء المحققين هذا لفظه، ولكن الخلاف في المسألة، وقوله يمين ظاهر المتن عرف المال للأب أو لا، كان يقرب البناء أو لا، لأن البكر ترشد وهو قول المتن بكبر رشدت، لكن الرشيدة هو بالنسبة إليها كأجنبي، ولكن العلة هنا كون المال له فيه تصرف وإلا لم يخص الأب بهذا دون الإمام على الخلاف المتقدم. وقوله لها ضميره يسود على مدلول قوله: ولأبيها بيع رقيق إلخ. وهذه محجورة لأبيها، فيفهم القيد من المتن بالمحجورة. وتقدم كلام في الرشيدة. وقوله: لا إن بعد إلخ البعد هو تمام السنة بدليل قوله في السنة، وقوله: ولم يشهد أي وأما إذا أشهد فإنه يقبل ولو بعد أكثر من السنة كان الإشهاد بالعارية على البت وهي حاضرة، أو أشهد بأن هذا عارية ولم تحضر، وهو كذلك إذا شهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها. وفي البردلي عن ابن فتحون: إذا ساق سوى نفسه من أسباب وأورده فإن صرح بالهبة فلا رد وبالعارية رد وإن سكت إلخ. وإذا وجد الإشهاد بالعارية فإنه يسترجع ما أشهد بعاريته وإن طال الزمان، ولا فرق في البت بين رشيدة من غيرها وبين مقررة ومنكرة، إذ البينة بالإشهاد بالعارية هي المعتبرة، ولا فرق بين أب

علمت بالعارية وكانت رشيدة. أما الجاهلة بالعارية، فلا ضمان عليها ولو رشيدة، وكذا العالة بها وهي محجورة، فلا غرم عليها أيضاً قال في متقى الأحكام: قال ابن حبيب وإذا ادعى الأب بعض ما جهّز به البكر بعد دخول الزوج أنّه له وإنّه أعاره ليأها فالقول قوله مع يمينه إذا كان فيما ساقّت إلى زوجها وفاء بما أعطها سوى هذا الذي يدعيه الأب وسواء عرف له قبل ذلك، أو لم يعرف أقرّت به الابنة، أو أنكرته ما لم يطل زمن ذلك جداً وليست السنة طولاً ولا يكون هذا إلاّ للأب في ابنته البكر لأنّ ما لها في يده والقول فيه قوله، وأما الابنة الثيب، فلا لأنّه لا قضاء للأب في مالها وإنّما هو في يدها، وكذلك سائر الأولياء في البكر والثيب ليس لهم ذلك وإنّما جاز ذلك للأب في البكر خاصّة كذلك أوضح لي من كاشفت من أصحاب مالك وانظر إذا كان قد أشهد على الشّورة قبل ذلك. وقال أشهدكم أنّها عارية بيد ابنتي، ثمّ قام يطلبها فله ذلك بكراً كانت أو ثيباً قاله في سماع أصيخ وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء مع الإشهاد إذا أدخله بيتها بيّنة، وإن تلف ذلك الشّيء وكانت بكراً، فلا ضمان عليها وإنّ علمت بالعارية إلاّ أن يكون هلاكه بعد أن رشدت فتضمنه إلاّ أن تقوم لها بيّنة بالتلف من غير سببها وإن لم تعلم، فلا شيء عليها وإن كانت رشيدة ثيباً يوم أخرجها وعلمت ضمننت، وإن لم تعلم لم تضمن اهـ قال

وغیره، بل سائر الأولياء يغفهم الإشهاد المذكور كما في ابن سلمون وغيره، وهذا في شروح المتن وغيرها، وقد قال الخطّاب: نقل البرزلي عن فتوى أشياخه أن حكم الإشهاد بعد الدخول في المنة التي يقبل فيها دعوى الأب في العارية حكم الإشهاد قبل الدخول، ثم ساق نصّه ثم قال: يفهم منه اختصاص الانتفاع بالإشهاد بعد الدخول بالأب والوصي في البكر والثيب المولى عليها والأم على فتوى ابن عرفة وهو ظاهر والله تعالى أعلم اهـ. قلت: والمصنف قال: ولم يشهد أي الأب ولم يقتد وقت الإشهاد فدخل ما قاله البرزلي، ولعله لأجل ذلك خصّ الإشهاد بالأب إذ هو اللائق بالاختصاص والشمول الذي ذكره البرزلي، أي كون الإشهاد قبل الدخول أو بعده في الوقت المذكور ولم يهتمل بكون غير الأب ومن في حكمه كالوصي في المولى عليهما: لانه البيّنة بالعارية كافية في الاسترداد، سواء كان المشهد أباً أو لا إذ لا تصديق في هذا، وإنّما هو حقّ أشهد عليه فيردّ له كالعواري كلها إذا أشهدا المعير والودائع، انظر تمام هذا التقرير في الشرح باعتبار ما يشمله المتن، وباعتبار حسن اختصاره رحمه الله تعالى. وقوله: فإن صدقته ففي ثلثها يفهم منه أن هذا في الرشيدة إذ هي التي حجر عليها في رائد ثلثها ولذلك قال الخطّاب بعد أنقال ما نصّه: حاصله إنّه إذا بعد ولم يشهد فلا يقبل قوله إذا كذّبت البنت وكذا إذا صدقته وكانت سفية، وإن صدقته وهي رشيدة ففي ثلثها إذا كان على وجه العطية، وإن لم يكن على وجه العطية فقال القرافي في الذخيرة في كتاب الحجر قال في النواذر قال عبد الملك: إذا أقرّت في الجهار الكثير أنّه لأهلها جملوها به والزوج يكتننها، فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية نفذ أي ويعنى العطية ردّ إلى الثلث اهـ. فاستعن بهذا زيادة على ما في هذا الشارح فإنّه صحيح وأنقاله في الشرح، ولا تجازف في حقوق الناس تسلم من جميع الناس إن شاء الله تعالى.

الشَّارَح رحمه الله : هذه الآيات الستة من الآيات الجامعة، ثم قال ولم يبقَ مما نقل من متنى الأحكام شيء لم ينص عليه الشيخ رحمه الله ما عدا عدم ضمان الرقيدة ما قامت لها البيّنة على تلفه من غير سببها خاصة اهـ وبالله التوفيق.

فصل في الاختلاف في متاع البيت

وإن متاع البيت فيه اختلفا ولم تقم بيّنة فتقتضى
فالقول قول الزوج مع يمين فيسما به يليق كالسكّين
وما يليق بالنساء كالخلي فهو لزوجته إذا ما تأتلي
وإن يكن لاق بكل منهما مثل الرقيق حلفا واقتما
ومالكٌ بذلك للزوج قضى مع اليمين ويقول القضا
وهو لمن يحلف مع نكول صاحبه من غير ما تفصيل

يعني أنّه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وإثائه وأدعاه كلّ واحد منهما لنفسه فإنه يفصل في ذلك فما كان منه يليق بالرجل كالسكّين والرمح والفرس والكتّاب فيحكم به للرجل مع يمينه ما لم تقم له بيّنة، فلا يمين عليه، وما يليق بالمرأة كالخلي وما لا يلبسه الرجال فيحكم به للمرأة مع يمينها ما لم تقم لها أيضاً بيّنة، فلا يمين عليها وعلى كون هذا الحكم إذا لم تقم بيّنة نّه بقوله ولم تقم بيّنة فتقتضى وما يليق بكل منهما كالرقيق والثياب التي يلبسها الرجال والنساء ففيه قولان: أحدهما أنّهما يتحالفان ويقسم بينهما أنصافاً والثاني: (وهو المشهور) أنّه يحكم به للزوج أيضاً بعد يمينه وبهذا القول الحكم والقضاء والى هذين القولين أشار بالبيت الرابع والخامس وأشار بالبيت السادس إلى أنّ من ادعى من الزوجين ما يليق به ولا بيّنة له وقتلنا القول قوله مع يمينه فنكل عن اليمين وحلف الآخر، فإنّ ذلك يكون للحالف لأنّ نكول المدعي كالشاهد عليه فيحلف المدعي عليه ويستحق ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة وعلى ذلك نّه بقوله من غير ما تفصيل واليمين من

فصل في الاختلاف في متاع البيت

(وإن متاع البيت فيه اختلفا ولم تقم بيّنة فتقتضى)

إلى آخر الآيات الستة. قوله: (وهو للمشهور) هذا قول فقهاء المدينة وقال به أبو حنيفة وهو قول مالك. وقال الشافعي: لا يقدم أحدهما فيه إلّا بحجة، وقد قال ابن رشد في البيان ما نصّه: يد الزوج هي العلية على يد الزوجة هنا، ذكر ذلك عن ابن القاسم إلخ، وهذا قريب من قولهم:

الزَّوْجِينَ عَلَى الْبَيْتِ (ومن ورثة الزَّوْجِينَ عَلَى الْعِلْمِ) نقله الشَّارِحُ فِي سِيَاقِ كَلَامِ النَّوَادِرِ عَنْ الْوَاضِحَةِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ حَرِّينَ أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ مُخْتَلَفَيْنِ وَلَا بَيْتَةَ

لأن البيت بيته إلخ. قوله: (ومن ورثة الزوجين على العلم إلخ) هذا في المدونة في النصف، وتراه هنا إن شاء الله تعالى، وهذه المسائل كثيرة فانظر شرحها عند قول المختصر: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط يمين وإلا فله يمين ولها الغزل إلا أن يثبت أن الكنان له فشريكان، وإن نسجت كلفت بيان أن الغزل لها، وإن أقام الرجل بيته على شراء ما لها حلف وقضي له به كالعكس، وفي حلفها تأويلان، وكلام المدونة هنا حسن غاية ونصها: باب في اختلاف الزوجين في متاع البيت. وإذا اختلفا في متاع البيت وهما زوجان أو عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق بإيلاء أو غيره أو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة والزوجان حران أو عبيدان أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر أو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً فإن لم تقم بيته قضي للمرأة بما يعرف أنه للنساء وللرجل بما يعرف أنه للرجال أو للرجال والنساء لأن البيت بيته، وما ولي الرجل شراؤه من متاع النساء وأقام بذلك بيته أخذه بعد يمينه أنه ما اشتراه لها، وما اشتراه إلا أن يكون لها أو لورثتها بيته أنه اشتراه لها، وما كان في البيت من متاع الرجل أقامت المرأة فيه بيته أنها اشترته فهو لها مع يمينها وورثتها في اليمين والبيته بمنزلتها، إلا أنهم يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي تدعي من متاع النساء، ولو كانت المرأة حية حلفت على البنات وورثة الرجل بهذه المنزلة والمتاع الذي يعرف للنساء مثل الطست والتور والمنارة والقباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلي إلا السيف والمنطقة (٦٢) والحاتم فإنه للرجل، وللرجل جميع الرقيق ذكراً وإناثاً. وأما أصناف الماشية وما في المرباط من خيل وبغال وحمير فلمن حازها ولن أقام بيته منهما فيما يعرف للأخر كان له، ولا أبالي في هذا الاختلاف كانت ربة الدار لأحدهما أو لغيرهما، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل، وليس على المرأة من خدمتها وخدمة بيتها شيء اهـ. بلفظ أبي سعيد من الكتاب الثاني بعد التفويض، وفسره أبو الحسن بكلام طويل حسن غاية، ونقلناه بلفظ في الشرح وقيد بعض كلامها وزاد عليه كثيراً، قف عليه تر العجب العجيب وما يسحر الألباب، وكتبنا الجواب عما استشكل من كلام المصنف في الغزل والثوب، والحاصل أن هذا المحل صعب والكلام فيه طويل قد استوفيناه في الشرح، ولكن مداره رعاية الأعراف مع التدبر لذلك والإنصاف، ولكن نختصر شيئاً من كلام الناس على المدونة في ضمن تقرير كلام المختصر، فقوله: وفي متاع البيت أي وإن تنازع الزوجان هذا الذي يدل عليه سياق المتن، ويحتمل وإن تنازع رجل وامرأة حتى يشمل غير الزوجين وذلك صحيح كما في كلام الناس. وقوله: متاع البيت أي ما هو فيه، وأما الخارج عنه فهو لمن حازه. وقوله: فللمرأة إلخ أي ما لم تقم بيته للرجل أنه له وإنما لم يذكره في المتن لأن البيته أقوى من العرف بدليل الحلف معه دونها وهذا بين فلذلك لم يذكره المصنف، مع أن التنازع التام إنما يكون عند عدم البيته وافهم مثل هذا في العكس. وقوله: فللمرأة أن تدعي أنه ملكها ولا يكفي أن تقول هذا من متاع النساء كما

قضي للمرأة بما يعرف للنساء كالتطست والمثارة والقياب والحجال والفرش والبسط والحلي وللرجل بما يعرف للرجال وبما يعرف لهما لأنه بيته وعن ابن القاسم أنه بينهما بعد إيمانهما. التوضيح: فإن قامت للمرأة بيته بما يعرف للنساء قضي لها به من غير عيبين، وكذلك هو وإن لم تقم لأحدهما بيته وإليه أشار بقوله ولا بيته فإنه يقضي للمرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال خاصة ويقضي له أيضاً بما يعرف للرجال والنساء لأن البيت للرجل، وهذا هو المشهور وروي عن ابن القاسم مثله إلا فيما يعرف لهما فإنه قال إنما يكون بينهما بعد إيمانهما وإليه أشار ابن الحاجب بقوله وعن ابن القاسم أنه بينهما لأن الضمير في أنه عائد على ما يصلح لهما، ثم قال وإذا فرعنا على المشهور فهل عليه عيبين وهو قول ابن حبيب ابن عبد السلام، وهو مذهب المدونة عندهم، أو لا يحتاج إليها وهو قول سحنون وراى صاحب البيان أنه لا يختلف في توجه اليمين والتطست إناء مبسوط القاع معطوف الأطراف يعمل في الغالب من النحاس يعد في الغالب لغسل اليدين والمثارة الشيء الذي يوضع عليه السراج (والقياب جمع قبة) والحجال قال بعض الفقهاء هي الستور. وقال الجوهري: الحجلة بالتحريك واحدة حجال العروس وهي بيت يزین بالقياب والأسرة والستور أصبغ وأبو عمران وغيرهما، (وهذا محمول على أن العرف جارٍ بذلك) أي وإن كان العرف في

في المفيد عن ابن قنوح قائلًا: وكذلك في الرجل، وقوله يمين هذا هو المذهب ولا عبرة بغيره، لكن إذا نكل وحلف صاحبه أخذه صاحبه لأن النكول منه كشاهد قام لصاحبه، وهذا مبسوط دليله في الشرح تنقّف عليه إن شئت. قوله: (والقياب جمع قبة إلخ) لم يفسر معنى القياب وإنما ذكر مفردا بلا تفسير له، لكن في أبي الحسن على المدونة ما نصّه: التطست هو الطاس والتور إناء من نحاس يقال له القمقم، وذكر عياض أنه البوقال وهو الإبريق والمثارة معلومة، والقياب جمع قبة وهي الكلة، والحجال مثل الستور، والأسرة جمع سرير، والفرش جمع فراش، والوسائد جمع وسادة، والمرافق الأسطرميات إلخ. وهذا منه بلفظه. وهذا التفسير أولى من غيره فاعرفه. قوله: (وهذا محمول على أن العرف جارٍ بذلك إلخ) هذا صحيح إذ المدار على عرف كل بلد في هذه الأمور الكثيرة الانتشار غاية ولا ضابط لها غير العرف، ولذلك ابن يونس صدها بقوله ما نصّه: الأصل في هذا قوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ [الأعراف: ١٩٩] فالعرف فاصل يقضي به هذا لفظه: ونقله أبو الحسن وزاد بآثره والعرف عندنا دليل من أدلة الشرع فيقيد المطلق ويخصص العام ويكون شاهد للمدعية إلخ. وقال ابن يونس أيضاً عند ذكر المدونة الخاتم ما نصّه: قال أبو عمران: إنما ينظر في متاع الرجال والنساء إلى العرف فيحكم به إلخ. وعبارة ابن راشد: إنما يرجع في ذلك أهل كل بلد إلى ما هو العرف عندهم إلخ. وفي نهاية المتطبي بعد كلام ما نصّه: وبالجملة فالتحاكم في ذلك لعرف أهل البلد، فمن شهد له العرف بشيء حلف وأخذه إلخ. وفي تبصرة ابن فرحون ما نصّه: وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين قرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر أنه للنساء، ويشهد في

شيء مما ذكر أنه للرجل قضي له وما ذكره المصنف في البسط تبع فيه المدونة وهو جارٍ على العرف عندنا بمصر في أن المرأة تأتي بها، وأما إن طال الأمر فالرجل هو الذي يخلفها ابن راشد وعندنا أنها معروفة للرجال قال في المدونة: ويقضي للمرأة بجميع الحلبي إلا السيف والمنطقة والخاتم فإنها للرجال وللرجل جميع الرقيق ذكراً وإناثاً وأصناف الماشية، وما في الخواطر من خيل، أو يغال فلمن حاز ذلك قبل وإن لم يكن حوراً فالمرکوب كله للرجل. وقوله في المدونة والخاتم ابن يونس أي الفضة يعني، وأما الذهب فهو للمرأة خليل وجرت العادة عندنا بأن صياغة خاتم الرجل لا تشابه صياغة خاتم المرأة فيرجع إلى ذلك، وأما الرقيق فما قاله في المدونة ظاهر في الذكور، وأما الإناث فقد تكون للنساء وقد تكون للرجال مالك في المدونة، وأما إن اختلفا في الدار قضي بها للرجل، ثم ذكر فرعين: (الأول، إن طلقها) وعليها ثياب قطبته بالكسوة فقال لها ما عليك فقولي وقالت بل هو لي، أو عارية عندي فثلاثة أقوال قيل القول قول الزوج وقيل قول الزوجة وقيل إن كانت من كسوة البذلة فالقول له مع يمينه وإلا فقولها مع يمينها فإذا حلفت كسأها الفرع الثاني: إذا اشترى لزوجه ثياباً فلبستها في غير البذلة^(٦٣)، ثم فارقتها وأدعى أنها عارية وأنكرته فقال الذكودي إن كان مثله يشترى ذلك لزوجه على وجه العارية فالقول قوله مع يمينه وإلا فقولها وسواء كان لباسها، أو لا قليلاً كان، أو كثيراً قريباً، أو بعيداً وقال غيره القول قوله مطلقاً أهـ كلام ابن راشد أهـ كلام التوضيح وفي المختصر: وإن أقام الرجل بينة على شراه ما لها حلف وقضي له به كالعكس وفي حلفها تأويلان: المواق: ابن الهندي: إن كسا الرجل زوجته كسوة، ثم طلقها فأراد أخذ كسوته فإن مضى لها ثلاثة أشهر فهي للمرأة وإن كان أقل فهي للرجل وقع هذا في القذف من المدونة لكن قال شهور فحمل على ثلاثة أشهر ويبقى النظر في ثياب غير المهنة إذا لم يشهد أنها زينة انظر قبل ترجمة باب اللعان من طبر

الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين، كالنحاس المصنوع في تونس من بلد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضرة إلخ. وقال القراني حين كلامه على ما عرف للرجال والنساء ما نصّه: نحن نحكم النساء بالعادة إلخ، وهذا كثير في كلام الناس وعليه المدار، وإلا فلا تضبط هذه الأمور لزمام بل لا زمام لها غير العرف فهو رماها وبه فهمها وتماها، فعليك باعتبارها والتجسس عن أخبارها لتحيط بشتاتها وتزيل الفتن عن وجوها. قوله: (الأول إن طلقها) هذا الكلام نقله ابن راشد، وما نقله عن المواق هو كذلك فيه، ولكن في المتن في كتاب النفقة وردت النفقة كاتعشاش الحمل إلا الكسوة بعد أشهر، وكان من حق هذا الشارح أن يثبت على ما في المتن لأنه هو الذي به الفتوى. ولكن انظر الكلام في هذا هناك لملك محمد ما هو الراجح الذي يعمل به ويعتمد، وإلا فما نقله هذا الشارح لا يظهر منه الراجح ظهوراً تاماً فافهم.

(٦٣) البذلة: ما يلبس في المهنة أو العمل ولا يصاب.

ابن عات، وقال ابن الفخار القول قول الزوج أن القباب التي لا تشاكل أن تكون من بذلتها لارتفاعها ومثلها لا يفرضها عليه القاضي أنها عارية وقال إن هذا هو مقتضى ما في النكاح الثاني المدونة وفي نوارل ابن الحاج إن وجدت ذهباً ناضجاً في تركة الزوج فادعتها المرأة فإن قام دليلٌ مثل أن تكون قريبة عهد ببيع أصل القول قولها مع يمينها. قال ابن مزين: وإذا كان القول قولها لا بد من يمينها وإن لم يكن الورثة إلا أولادها إذ ليس هذا من دعوى الولد إنما هي المدعية فحكمت السنة بأن تحلف وانظر إذا اختلفا في الزجاجة قيل يقضى بها للزوج مع يمينه وسمع أصبغ إن تداعيا في غزل فهو لها بعد حلفها ابن عرفة: إن كان الزوج من الحاكاة وأشبه غزله فمشتركٌ وإلا فهو لمن أشبه غزله منهما المتطي: إن عرفت البيئة أن الكتان للرجل، أو أقرت المرأة بذلك كانا شريكين في الغزل للرجل بقيمة كتانه والمرأة بقيمة عملها هـ من المواق بتقديم وتأخير.

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود يعني أن إضرار الزوج بزوجه يثبت بأحد أمرين إما بشهادة الشهود به ومعابنتهم إياه لمجاورتهم للزوجين لقربتهم منها ونحو ذلك وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران والخدم وغيرهما قال في كتاب الشهادات من العتبية لأصبغ عن ابن القاسم أنه سأل عن الشاهدين العدلين يشهدان في ضرر الزوج لزوجه على السماع الفاشي من الجيران والاهلين فقال السماع الفاشي والشهود الكثير عليه أحب إلي فإن لم يكن غيرهما نفذ ذلك إذا لم يكن عند الزوج مدفع. وفي المفيد: وقال ابن القاسم إن شهادة الشهود على معرفة الضرر (بالبيئات فيها بعض المغمز) من أجل أن ذلك لا يعرفه الشهود معرفة قطع قال أصبغ: إن ذلك جائز لا داخله فيه عليهم إذا عرفوا ذلك معرفة يقين. هـ قال ابن عرفة: قلت: شهادة بت العلم بضرر الزوج عاملة قاله الباجي وغيره عن المذهب ابن رشد اتفاقاً

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

(ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود)

إلى آخر الآيات الثمانية في شأن الضرر.

قوله: (فيها بعض المغمز إلخ) مقابل هذا هو الصحيح، فإن القرائن تنفذ القطع بالضرر لا سيما الجار، وهذا أمر لا ينكره إلا من لم ينصف أو لم يفهم، ومن جاور الناس مجاورة تامة وتجسس أخبار جيرانه علم هذا، والتجسس على المضر من الغير ربما يكون واجباً أو مطلوباً، ولا سيما إن أشكل الأمر وطلب بالشهادة فافهم.

قلت في سماع أصبغ ابن القاسم في الشهادة إتما تجوز فيها على السماع ١ هـ .

وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضراره ففي اختلاص رجعت

وباليمين النصّ في المدونة وقال قوم ما اليمين بيته

يعني أنّ المرأة إذا خالعت زوجها بأن أعطته شيئاً على أن يطلقها فطلقها، ثم أثبتت أنه كان يضر بها إلى أن خالعت ترجع عليه بما أعطته والخلع لازم (وفي الطرر): وتحلف أنها

قوله: (وفي الطرر إلخ) هذه المسائل قال فيها خ ما نصّه: ورد المال بشهادة سماع على الضرر وييمينها مع شاهد أو امرأتين ولا يضرّها إسقاط البيعة المسترعاة على الأصحّ اهـ. فقلوه المال وفي معناه ما التزمته في الخلع أو أسقطته عن الزوج وقوله سماع، السماع: إنما يصحّ بعدلين لقوله في الشهادات: وشهد اثنان ثم قال وحلف ولذلك أسقط هنا هذا. ويأتي قوله: وجازت بسماع فشا عن ثقة وغيرهم أيضاً، فالقشر شرط في شهادة السماع، لكن ذكرنا هنا أنه لا يشترط السماع من الثقة على المشهور ولكن في ذلك خلاف قوي انظره في الشرح، فالشهادة سماعاً من عدلين، وحلف المشهود له هنا لم يبق على المصنف لا سيما والمصنف قال هناك في كتاب الشهادات عاكداً لما تجوز فيه شهادة السماع ما نصّه: وضرر زوج، وأما قوله هنا وييمينها إلخ فالمراد بالشاهد أي شاهد مباشر للضرر لا بالسماع، وكذا المرأتان إذ شهادة السماع شرطها التعدّد والحلف كما أشرنا إليه، وعليه يحمل قوله بشهادة سماع وإن حذف التعدّد واليمين لإيتائهما في باب الشهادات، وهم منه أنه لو شهد شاهد واحد وامرأتان أن ذلك كاف بلا يمين لتكميل النصاب لأنه كامل والشهادة من غير سماع بل وقعت على علم الشاهد والمرأتين بلا سماع، وأما لو كان الشاهد والمرأتان بالسماع لحلف كما قدمناه في الشاهدين، ومن المعلوم أن المرأتين كالشاهد الواحد في باب الأموال كانت شهادة سماع أم لا، والضرر هنا من باب المال لأن الكلام في ردّ المال، وتقدم أن الشاهد الواحد أو المرأتين لا عبرة بذلك في شهادة السماع وإن ذكر في الشامل خلافاً في المسألة.

(تنبيه): ما تقدم من اليمين هو في اليمين التي يكمل بها النصاب أو ما في حكم ذلك كاليمين مع عدلين في السماع مثلاً لضعف شهادة السماع، كما علّلوا بذلك في بابه عند قول المتن وحلف وهما يمين أخرى ولعلمها مستق على وجوبها في الصور كلها حتى مع عدلين بالقطع والمشهد للضرر، وتقول في هذه اليمين: ما خالعت ودفعت المال إلّا لأجل الضرر لأنها قد تكره الزوج والمقام معه ويعزّز عليها دفع مالها للزوج، فإذا أثبتت الضرر على حقيقتها بشاهد ويمين أو بسماع عدلين ويمين أو بامرأتين ويمين أو بلا يمين كعدلين بمشاهدة الضرر أو عدل وامرأتين فتخالعه فيقول لها الزوج عند الإحذار إليه وعجزه عن دفع الضرر وسلمته: ولكن إنما أعطيتي لكراحتك المقام معي لا للضرر، ولولا الكراهة لصبرت على الضرر لأن المال عزيز عليك فربما بذلته لكراحتك ما ذكر لا للضرر، فتحلف ردّ هذا الاحتمال أنها ما دفعت مالها إلّا للافتكاك من ضررك في، ويدل لهذا قول التيطي بعد يمينها أن فعلها ذلك كان للإضرار الذي أثبتته إلخ.

إنما أسقطت ذلك للإضرار ذكر ذلك ابن فتحون وفي وثائقه نقله الشارح وانظره مع نقل المواق ذلك عن المدونة وحكاية الخلاف في اليمين ابن الحاجب: ولو خالعت لظلمه، أو ضرره فلها استرجاعه وينفذ الطلاق التوضيح: يعني إذا خالعت، ثم ادعت أنها إنما خالعت لظلمه لها في بدنها، أو لضرره بها كما لو كان يمنعه من زيارة والديها على أن الظلم والضرر كما كالمترافين فإن أثبت ذلك فلها استرجاع مالها وينفذ الطلاق بائناً لأن الله تعالى شرط في حلية ما تدفعه أن يكون عن طيب نفس فقال عز من قائل ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [النساء: ٤] ابن القاسم: وليس من الإضرار البغض لها وإنما الأذى بضرب، أو إيصال شتم في غير حق، أو أخذ مال أو المشاورة مالك وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف وروى ابن القاسم عن مالك فيمن علم من امرأته الزنا فليس له أن يضارها حتى تقتدي وقال ابن القاسم: في التأخر تقول: لا أصلي ولا أصوم ولا أغتسل من جنابة لا يجبر على فراقها إن شاء فارقها وحل له ما افتدت به. قال في البيان: وله أن يؤذيها على ترك الصلاة ويمسكها. قال في المقدمات: ولا يحل له أن يضيّق عليها وإن أتت بفاحشة من زنا، أو نشور، أو فرار قال: ولا خلاف بين مالك وجميع أصحابه في ذلك، وعن ابن القاسم أنه لا يجوز له المضارة في ترك الصلاة حتى تخالعه انتهى ببعض اختصار وفي الوثائق المجموعة: ولم يضرها ما عقدت على نفسها من أنها فعلت ذلك طيبة النفس ولا إسقاطها البيّنات المسترعاة وثبوت الإكراه يسقط ذلك عنها هـ التوضيح: وإن اعترفت في عقد الخلع بالطوع وكانت استرعت فلها الرجوع بالإتفاق، وكذلك إن لم تسترع وقامت لها بيّنة لم تكن علمت بها، وأما إن علمت بها ففيه نظر والذي قاله ابن الهندي وابن العطار وغيرهما أن لها الرجوع ولا يضرها ذلك ولا يضرها

وإثبات الضرر رائد على هذه اليمين، وهذا هو قول التحفة هنا:

(وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضرارها فسي اختلاع رجعت

وباليمين النص في المدونة

(.....)

وقال قوم ما اليمين بينه وقرّر ابته يشبه ما في المتبقي وهو قوله ما نصّه: وفي الضرر بعد يمينها أنها إنما أسقطت ذلك للإضرار ذكر ذلك ابن فتحون في وثائقه إلخ ولم يبين قول أبيه: وقال قوم إلخ. وكلنا هذا الشارح ولكن نظر في ذلك، وتنظيره ظاهر فافهم هذا فإن كثيراً من القضاة يغفلون عن هذه اليمين والنص والعقل متضافران على وجوبها، وذكرنا في باب الشهادات أن شهادات السماع كلها يشترط فيها الطول إلا شهادة السماع بالضرر فانظره هناك تنقف على الفقه الصحيح، وبما قررنا يفسر قول الناظم: كنا إذا عدل إلى تمام البيتين، أي لأن ذلك شهادة على معاينة الضرر لا بالسماع، نعم إذا شهد عدلان بالضرر بلا سماع وضمننا شهادتهما أن خلعهما لأجل الضرر وحصل لها العلم بأن الخلع لأجل دفع الضرر لا غير على الفرض والتقدير فلا

أيضاً إسقاط البيّنات المسترعاة وغيرها وهو أصوب لأن ضرره بها يحملها على أن تعترف بالطوع.

(فرع): وإن خالعه وأخذ منها حميلاً بالترك قال ابن العطار إذا أثبت الضرر لا تسقط التباعدات عن الحمل لأنه غير مكروه وقد أدخل الزوج في زوال العصمة ولا يرجع الحمل عليها بشيء وإليه ذهب بعض فقهاءنا الصقليين وذكر ابن يونس خلافاً في ذلك بين القرويين وأن منهم من يقول هكذا ومنهم من يقول إذا أثبت المرأة الضرر يسقط الطلب عن الحمل لأنه إذا سقط المال عن الأصل تسقط عن الحمل المطالبة انتهى.

كلما إذا عدل بالإضرار شهد فالرّد للخلع مع الحلف اعتماد
لأنّ ذاك راجع للمال وفرقة تمضي بكل حال

يعني أنّه لم يثبت الضرر بعدلين ولا بشهادة السماع وإنما شهد به عدل واحد فإن المرأة تحلف مع الشاهد ويرد الزوج المال لأنّ النزاع في المال وهو يثبت بالشاهد واليمين، وأمّا الطلاق فيمضي، وكذلك إذا ثبت الضرر بشهادة امرأتين ابن الحاجب: وإن شهد واحد وامرأتان بالضرر حلفت واسترجعته لأنه على مال وقال قبله ويتخذ الطلاق ابن القاسم الجزيري: وإن قام لها بعد الخلع شاهد واحد بالضرر حلفت معه واستحقت الرجوع. وفي تهذيب الطالب: إذا شهد امرأتان بعد الخلع على أنّها خالعه لأجل الضرر حلفت ورد ما أعطته له وفي المختصر ويصحبها مع شاهد أو امرأتين بعد قوله ورد المال بشهادة سماع على الضرر.

وحيثما الزوجة تثبت الضرر ولم يكن لها به شرط صلح

يحتاج هذه اليمين في هذه الصورة وأنظارها. وفي نقل ابن النازم: إذا شهد امرأتان بعد الخلع على أنّها خالعه لأجل الضرر حلفت وردت ما أعطته إلخ. وفي هذا دليل لبعض ما أشرنا إليه آخره. وانظر عند قول المتن في فصل النشور: ولها التطلق بالضرر ما هو ضرر وما ليس بضرر وقف على ما كتبناه في فصل الخلع وهو قول المتن، ورد المال إلى آخر الذي شرحناه هنا تر ما أشرنا إليه حقاً في آتالنا والله المعين.

قوله: (فرع): وإن خالعه وأخذ منها حميلاً إلخ ظاهر هذا أن الراجع هو اتباع الحمل وليس كذلك قال المتطبي ما نصّه: مسألة: ولو أن الخلع اتعقد بينهما على حمل أخذه الزوج بما أعطته الزوجة ثم انفسخ ذلك عنها بشيوت الضرر بها فهل يرجع الزوج على الحمل أم لا؟ في ذلك قولان: قال ابن العطار وأبو عمران: يرجع لأن الضامن غير مكروه فإذا طاع بشيء لزمه ولا رجوع له على المضمون، وأيضاً فإن من حجة الزوج أن يقوله للحميل أنت أذخنتني في زوال العصمة وإلا كنت أتوب عن الضرر وتبقى لي زوجتي، وانتقد ذلك أبو عبد الله الفخار وغيره

قيل لها الطلاق كالملتزم وقيل بعد رفعه للحكم
 ويزجر القاضي بما يشاء وبالطلاق إن يعد قضاؤه

تقدم في شرح قوله: وما ينافي العقد ليس يجعل شرطاً البيت إن الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا يناقض العقد بل يقتضيه ومن مثله شرط أن لا يضر بها ووجود مثل هذا الشرط وعدمه سواء لأنه يحكم به ذكر، أو ترك وإنما يظهر أثر اشتراطه فيما إذا أثبت الضرر فإن كان شرطاً في العقد فلها تطليق نفسها من غير رفع للحاكم ولم يتعرض الناظم لهذا وإنما يؤخذ من مفهوم كلامه وإن لم يكن شرطاً ففي افتقار تطليقها نفسها للرفع للحاكم، وعدم افتقاره قولان: قيل لها ذلك من غير رفع كما لو اشترطت في عقد نكاحها وقيل لا تطلق نفسها إلا بعد الرفع للحاكم وعلى ذلك أعني حيث لم يكن شرطاً نبه باليتين الأولى وعلى أنه لا بد من الرفع للقاضي فللحكم أن يزجره ابتداءً بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ، أو سجن، أو غيره فإن عاد لمضاررتها قضى عليه بالطلاق وعن ذلك نبه باليت الثانية قوله: ويزجر بالتصعب عطفاً على قوله رفعه للحاكم من باب قوله وإن على اسم خالصي فعلاً عطف أي قيل إنما تطلق نفسها بعد الرفع والزرع معاً فإن عاد لإضرارها طلقت عليه (قال ابن القاسم الجزيري) بعد وثيقة الاسترعاء بالضرر وإذا ثبت هذا العقد وجب للمرأة الأخذ بشرطها بعد الإعتار للزوج واختلف إن لم يكن لها شرط فقيل لها أن تطلق نفسها كآتي لها شرط وقيل ليس لها ذلك، وإنما ترفع أمرها إلى السلطان فيزجره، ولا يطلق عليه مرة بعد أخرى (فإن تكرّر ضرره طلق عليه) اهـ. واستشكل الشارح هذا القول بغوات الإعتار للزوج وإفتيات الزوجة بالطلاق وقد سئل القاضي أبو

وقالوا: لا رجوع له على الحمل لأنه قد اتضح بثبوت الضرر أنه تحمل للزوج بما لا يحل له، فإن الزمناه ذلك لأباحت للزوج أكل المال بالباطل، قال غير واحد من الموقنين: وبهذا جرى العمل واستمر القضاء اهـ. بلفظه فافهمه يرمته ودليله وحجته، مع أن قول الزوج في احتجاجة: وإلا كنت أتوب إلخ فيه نظر لأنه ثبت ظلمه بالينة، ويحتمل أن لا يتوب ويضر بها باطناً، وكم شاهدنا من هذا من الظلمة المتمردين ومن ابتلي بالقضاء ومدّ عينه للناس وسمعه لكلامهم علم هذا، مع أن ابن الناظم نقل أن الصحيح هو عدم اتباع الحمل عن ابن سراج مقتصرًا على ذلك، ولكن كان من حقه أن ينقل ما في للتبطين ولا يقتصر على ما صححه ابن سراج كما لا يخفى، وأطال ابن فتحون في تفصيل هذه المسائل وقد كتبنا ذلك في الشرح.

قوله: (قال ابن القاسم الجزيري إلخ) كلام ابن الناظم أتم من كلام هذا الشارح. قوله: (فإن تكرّر ضرره طلق عليه إلخ) ظلمه أو صريحه أنه لا يطلق عليه بالضرر الواحد وهو خلاف ما أتى به خ في مستحصره حيث قال: ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره، ولكن الذي يظهر قوته هو خلاف ما في المختصر، وهو الذي يظهر من التحفة أو هو صريحه أي خلاف

العباس أحمد القباب رحمه الله عن هذه المسألة وهي إذا أثبتت الضرر غير ذات الشرط وعجز الزوج عن المدفع وهجمت الزوجة فأوقعت الطلاق هل ينفذ وتملك به نفسها؟ وفي جوابه أن القاضي يجعل لها تطليق نفسها مع الشرط وعدمه فإن جعله لها مع الشرط فالطلاق، وكذا مع عدمه إذا جعل لها تطليق فإن لم يجعله لها وهجمت بإيقاع الطلاق قبل جعل القاضي ذلك بيده فهذا محل النظر انظر تمام كلامه إن شئت ونقل هذا السؤال وجوابه سيدي أحمد الونشري في آخر تأليفه المسمى بالفائق في أحكام الوثائق وهو الفرع الخامس والثلاثون والمائتان أ هـ.

وإن ثبوت ضرر تعدداً لزوجة ورفعها تكرراً
فالحكمان بعد يبعثان بينهما بمقتضى القرآن
إن وجدا عدلين من أهلها والبعث من غيرهم إن عدما
وما به قد حكما يمضي ولا إعدار للزوجين فيما فعلا

يعني أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يضربها وتكرر رفع شكواها به للقاضي وتعدت عليها إثبات ذلك الضرر. فإن الشك في ذلك أن يبعث القاضي لهما حكمين عدلين حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن وجدا وإن لم توجدا فمن غير أهلها فيختبران أمرهما ويدعوانهما للصالح فإن رجعا إليه فيها ونعمت وإلا فزق بينهما بخلع، أو بغير خلع، أو اتئمتا عليها كل ذلك بحسب ما ظهر لهما وأداه إليه اجتهدا وما حكم به الحكمان على الزوجين ماضٍ ولا إعدار فيه للزوجين، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ [النساء: ٣٥] الآية ابن الحاجب: وإذا نشزت (٦٤) وعظها، ثم هجرها، ثم ضربها ضرباً غير مخوف فإن ظن أنه لا يفيد لم يجز ضربها أصلاً فإن كان العدوان منه رجع عنه التوضيح: أي رجع الحاكم، وأما إن كان العدوان منها فإن رجا الحاكم إصلاحاً بجزر الزوج (كما تقدم) وإلا رجعها هو وإن كان العدوان منهما معاً فإن الإمام يزرعها ابن الحاجب: فإن

ما في المختصر، ويدل لذلك أيضاً استظهار بهرام له، قف على شرحنا تظهر لك قوة هذا القول غاية والله المعين. وما ذكره هذا الشارح في بعث الحكمين حسن وهو الذي في شروح المختصر، والكلام طويل في هذه المسائل، وصاحب التحفة اقتصر على قل من كثر، وبعث الحكمين فيه كلام طويل، وهل جرى العمل بخلاف أم لا؟ وقد استوفيتا الكلام على هذا في الشرح وتركتاه لطوله، ولكن الشارح لم يلم بذلك تبعاً للناظم فقف عليه إن شئت.

أشكـل ولا يـتـنـهـى ولم يـقـدر على الإصـلاح أقـام الحـاكم أو الزـوجان، أو من يـلي عليهما حـكـمـين ذكـرين حـريـن عدلين فـقـيـهين بـذلك حـكـمًا من أهله وحـكـمًا من أهلها فإن لم يـوجـد أحدهما، أو كلاهما فـمن غيرهما ويستحب أن يكونا جارين وهما حـكـمان لا وكيـلان على الأصـح فينفـذ طلاقهما من غير إذن الزـوج وحكم الحاكم وعليهما أن يصلحا فإن لم يقدرا فإن كان المـسـيء الزـوج فرقا بينهما وإن كانت الزـوجة اتـمـنـاء عليها، أو خـالـعا له بـنـظرهما وإن كانت منهما خـالـعا له بما يـخـفـي في نظـرهما اهـ فقول ابن الحـاجـب فإن أشكـل ولا يـتـنـهـى هي مـسـألة النـائـظـم. التـوضـيح: قوله: ولا يـتـنـهـى لأنـها إن قامـت لها يـتـنـهـى أن يـضـربها كان لها أن تـفـارق فإن لم تـقـم يـتـنـهـى وأدعى كل واحد إضرار صاحبه زجرا معًا فإن تكرر ترادفهما أمره القاضي أن يسكنها بين قوم صالحين وكلفهم تفقد خبرهما اهـ. يعني ثم ينظر فإما أن تكون الإساءة منه أو منها، أو منهما أـجـري على ما تـقـدم والله أعلم وقول النـائـظـم يـضـي ولا إعـذار للزـوجين فيما فعلا قال في المـقـدّمـات: وحكم الحاكم بين الزـوجين لا إعـذار فيه لأحدهما لأنهما لا يحكمـان بالشهادة القاطعة وإنما يحكمـان بما خلص إليهما من علم أحوالهما بعد النظر والكشف اهـ.

فصل في الرضاع

ابن عرفة: الرضاع عرفًا ووصول لبن آدمي لمحل مظنة غلـاء آخر، ثم قال لتحريمهم بالسعوط والحفنة ولا دليل إلا مسمى الرضاع ويقال الرضاع بفتح الراء وكسرها، وكذا الرضاعة والرضاعة ويقال رضع رضعًا وهو القياس ويقال أرضعت إرضاعًا الجوهري: ويقال رضع الصبي أمه يرضعها رضاعًا مثل سمع يسمع سماعًا وأهل نجد يقولون رضع يرضع رضعًا مثل ضرب يضرب ضربًا عياض: وأرضعته أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة قال في الكافية:

وما من الصفات بالأنثى يخص * عن تام استغنى لأن اللفظ نص

وحيث معنى الفعل يتوي التاء رد كـلي غـلـت مـرضـعـة طفلاً ولد

وحاصله أنه إذا أريد أنها ترضع بالقوة فيجـرّد من التاء وإن أريد أنها ترضع بالفعل فتثبت التاء التوضيح: وذكر أهل اللغة أنه لا يقال في لبن بنات آدم لبن وإنما يقال فيه لبن

قوله: (كما تقدم) أي في حكم النشور من تقديم الوعط ثم الهجر ثم الضرب، وجواب الشرط محذوف أي أمره بذلك أو نحوه، اهـ. مصححه.

فصل في الرضاع

واللبن لسائر الحيوان غيرهن وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم ١ هـ.

وكل من تحرم شرعاً بالنسب فمثلها من الرضاع يجتنب

يعني أن كل امرأة حرمتها الشرع بالنسب كالأم والبنت ونحوهما فإن مثلها من الرضاع حرام أيضاً، وعن حرمتها غير يجتنب لأن الحرام يجب اجتنابه والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله ﷺ: «يجرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٦٥) رواه البخاري ومسلم وغيرهما قال في التوضيح: والمحرمات من النسب سبع: الأمهات والبنيات والأخوات والعلمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت فإن الرضاع كالتب فأمك كل من أرضعتك بواسطة، أو غيرها وأمهاتها وبناتك كل من أرضعتها زوجتك بلبنك أو أرضعتها ابتك من نسب، أو رضاع قلت: وكذا كل من أرضعتها زوجة ابنك من النسب، أو رضاع التوضيح: وإخوتك كل من ولدته من أرضعتك، أو ولد لفعلها قلت: وكذا من أرضعها من أرضعتك التوضيح: فإن أتى من أمه وفعلها ولد فهو أخ شقيق من الرضاع وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل فهو أخ لأمك، وإن ولد لأبيك من غير أمك إما من زوجة أخرى، أو سرية فهو أخوك لأبيك وأخوات الفحل عمات للرضيع أخوات أم الرضيع خالات له ولا يخفى عليك بنات الأخ وبنات الأخت ١ هـ. (وكذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالصهر) كزوجة الأب من الرضاع وزوجة الابن من الرضيع، وكذا أم الزوجة من الرضاع أي من أرضعت زوجتك راجع

قوله: (وكذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالصهر إلخ) تأمل هذا فإن الحديث الصحيح قال:

يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب وهي النساء السبع في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية، وإن كان ما ذكره الشارح هو حرام، ويدل على ذلك ما تذكره في القاعدة الآتية هنا وهي قوله: فإنما يقدر الطفل الموضع خاصة ولذا لصاحبة اللبن وصاحبه إلخ. ولفظ خ فيها هو قوله ما نصه: وقدر الطفل خاصة ولذا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطء لانقطاعه إلخ. ومعنى هذه القاعدة على التحقيق أن زيداً إذا أرضعته هند وزوجها خالد ولهما ابن اسمه عمرو فاجعل زيداً كعمرو في الحكم من غير فرق أصلاً، فكل من يحرم على عمرو يحرم على زيد، ويجيء قول المتن: وحرم أصوله وفصوله إلخ، وهذا للحرم على عمرو بمضمون قول المتن: وحرم أصوله إلخ يحرم على زيد فلا فرق أصلاً، ولذلك أدرج بعضهم في قول المتن: وحرم أصوله إلخ الرضاع، إذ حكم زيد حكم عمرو. وفي جميع ما يحرم وكل ما تفرع عن زيد من أبنائه فحكمهم

(٦٥) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٦٤٦، ٣١٠٥، ٥٠٩٩)، ومسلم (١٤٤٤)، وأبو داود (٢٠٥٥)،

والترمذي (١١٤٧)، والنسائي (٣٣٠١، ٣٣٠٢، ٣٣٠٣)، وابن ماجه (١٩٣٧)، وأحمد في المسند

(٤٤/٦، ٥١، ١٧٨)، والدرمي (٢٢٤٧، ٢٢٤٩)، وابن حبان في صحيحه (٤١٠٩، ٤٢٢٣)، والبيهقي

في السنن الكبرى (١٥٨/٧، ١٥٩).

تفسير ابن جزي والكراشي، وكلما يحرم الجمع بين الاختين من الرضاع ابن سلمون: والرضاع كالتب فيحرم منه ما يحرم من الولادة إذا أرضعت امرأة صبيًا حرمت عليه لأنها أمه ويحرم عليه جميع بناتها التي أرضعتن قبله، أو معه، أو بعده لأنهن أخواته، وكذلك سائر قراباتها هم منه بمنزلة قرابة أمه من النسب وصاحب اللبن بمنزلة أبيه يحرم عليه أخواته لأنهن عمات وأمه لأنها جدته وبناته وإن كن من غير تلك المرأة المرضعة لأنهن أخوات لأبيه، وكذلك سائر قرابته هم بمنزلة قرابة أبيه من النسب وقس على ذلك وجوز أن يتزوج أخو الطفل الموضع من النسب أخته وأمه من الرضاع لأنه أجنبي وإنما يقدر الطفل الموضع خاصة ولذا لصاحبة اللبن وصاحبه. والرضاع الذي يحرم هو ما كان في الحولين وما قاربهما كالشهر والشهرين فإن فطم في نفس الحولين أو بعدهما واستغنى بالطعام، ثم وقع الرضاع بعد ذلك، فلا يحرم إلا ابن الحجاب: يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب فيقدر الطفل خاصة ولذا لصاحبه اللبن ولصاحبه إن كان فلذلك جاز أن يتزوج أخوه نسبًا أخته وأمه من الرضاع ابن المطار: وتفسير ما يحرم ويحل من ذلك أن تنظر فإن كان المخاطب لم يرضع أم للخطوبة ولا رضعت للخطوبة أمه ولا أرضعتها امرأة واحدة وإن لم تكن أمًا لواحد منهما ولا أرضعا ابن فحل واحد وإن اختلفت المراضع مثل أن يكون لرجل امرأتان فترضع واحدة صبيًا والأخرى صبيّة، فلا يتناحان وما عدل ذلك، فلا بأس في قول مالك أنه من المواق قلت: وهذا الضابط إنما يشمل الأخت من الرضاع خاصة دون من عدلها ممن يحرم الرضاع بتحريم نظيره من النسب.

حكم أبيهم زيد من غير فرق إذ الابن كهو، وكلما ابن زيد رضاعًا أي من رضع في لبنه، بخلاف أصول زيد وجناحيه وهم الإخوة فلا يحرم عليهم ما يحرم على زيد فهم كالأجانب منه هنا، ولذلك قلنا في هذا:

وقلدوا الرضيع مع ما ولدا دون جناحيه وأصل عهدا
قد خرجوا من بطن من قد أرضعا وصلب ذي اللبن فافهم واسمعا
تلخيص هذا كله قد قلدا حرم عليه كل ما قد حظرا
على نسب مطلقًا يا ساعي بصهر أو نسب أو رضاع
وإذا أحطت بمضمون الآيات فاجمعه كله بقوله:
نفي اشتراك في لبان فحل ومسررة قرابة ذو حل

فقوله قرابة حذف منه حرف العطف وهو معطوف على نفس مرة ليكون مدخولاً لقوله: نفي وادخل به إرضاع زوجة الأخ ولبناته ونحو ذلك، فإذا فهمت هذا كله دخل ما زاده هذا الشارح بقوله: وكلما يحرم بالرضاع إلخ. وذلك غير بعيد كما يظهر لك بالتأمل لكلام الناس هنا سيما كلام المقدّمات.

(تنبيه) ابن عرفة: قال تقي الدين: يستثنى من عموم قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٦٦) جملة نسوة ويحرم من النسب وقد لا يحرم من الرضاع الأولى: أم أخيك وأختك من النسب هي أمك، أو زوجة أبيك كلتاهما حرام عليك بخلاف مرضعة أخيك، أو أختك. الثانية: أم ولد ولدك هي من النسب حليلة ولدك بخلاف مرضعة ولدك، وكذلك جدة ولدك هي من النسب أمك، أو أم زوجتك كلتاهما حرام عليك بخلاف مرضعة ولدك، وكذلك أخت ولدك هي من النسب بنتك، أو ربيبك كلتاهما حرام عليك بخلاف أخت ولدك من الرضاع، وكذلك أم خالك وخالتك وأم عمك وعمتك هي من النسب جدتك للأم، أو حليلة والد أمك كلتاهما حرام عليك بخلافهما من الرضاع قال ابن عرفة: هذا من تقي الدين مع جلالة قدره وحلوله بالمنزلة الرفيعة في الأصول والفروع غلط واضح لأن الاستثناء من العام يغير أداته وهو التخصيص وإنما هو فيما اندرج تحت العام فيما لم يندرج تحته والعام في مسألتنا هو قوله ﷺ «ما يحرم من النسب»^(٦٧) والنسوة المذكورات المدعى تخصيص العام المذكور بهن لا شيء منهن مندرج تحت ما يحرم من النسب بحال، ولا أعلم من ذكر هذه المسائل على أنها مخصصة للحديث كما زعم وإنما أشار ابن رشد إلى بيان اختلاف حكم معنى اللفظ الإضافي انظر المقدمات.

فإن أقر الزوج بالرضاع فهو إلى فسخ النكاح داعي
ويلزم الصداق بالبناء ونصفه من قبل البناء
كذلك بالإقرار منهما معا لا باعتراف زوجة إن وقعا

يعني أن من كان متزوجاً لامرأة، ثم ثبت أنها أخته، أو بنت أخيه مثلاً من الرضاع فإن كان ذلك الثبوت بيّنة فالحكم ظاهر، وهو أن النكاح يفسخ بينهما، ثم إن كان الفسخ قبل البناء، فلا شيء فيه على الزوج، وإن كان بعد فعليه الصداق كاملاً بالمسيس على قاعدة الأكمة الفاسدة تفسخ قبل البناء، أو بعده، وهذا أعني ثبوت الرضاع بالبيّنة هو الآتي في البيت بعد هذه الثلاثة في قوله:

ويفسخ النكاح بالعديلين بصحة الإرضاع شاهدين

وإنما قدمته توطئة لمسألة الناظم هنا وهي ثبوت الرضاع بالإقرار، ثم المقر إن يكون

قوله: (تنبيه إلخ) انظر بيان هذا غاية في الحاشية.

(٦٦) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

(٦٧) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٦٤٥)، ومسلم (٥١٠٠)، والشافعي (٣٣٠٥)، وابن ماجه (١٩٣٨)، وأحمد في المسند (٢٢٣/١)، (٢٢٧٥).

الزَّوجين معاً، أو الزَّوج فقط أو الزَّوجة فقط ثلاثة أوجه وإلى الوجه الأول أشار بقوله كذاك بالإقرار منهما معا فالتشبيه راجعٌ للحكم السابق وهو فسخ النكاح فقط لا إلى ما وراء ذلك إذا كان الإقرار منهما معاً، فلا شيء فيه للزَّوجة إن فسخ قبل البناء وفيه المسمى إن فسخ بعده بخلاف إقرار الزوج المذكور قبله فإنه كالطلاق وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله، وإذا اتفق الزوجان على الرضاع فسخ ولا صداق قبل الدخول ولها المسمى بعده. التوضيح: وحمل ابن عبد السلام قول المصنف ولها المسمى بعده على ما إذا لم تكن عالمة قال: وأما إن كانت عالمة حين العقد فيسقط جميع المسمى إلا ربع دينار إن لم يكن الزوج حين العقد والدخول عالماً وكانت كالغارة قالوا ولها ربع دينار أ هـ. (وَحاصله) أنه إنما يكون لها المسمى على حمل ابن عبد السلام إذا لم تكن الزَّوجة عالمة بالرضاع حين العقد أما إن علمت فليس لها إلا ربع دينار إذا كان الزوج غير عالم، ثم أشار الناظم إلى الوجه الثاني وهو ما إذا أقر الزوج فقط بقوله: فإن أقر الزوج بالرضاع البيتين وذكر أن الحكم فيه فسخ النكاح فإن فسخ قبل البناء ففيه نصف الصداق لتهمة أن يكون إقراره ليسقط عنه نصف الصداق وإن فسخ بعده ففيه المسمى كاملاً وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله: وإن ادَّعاه فأنكرت أخذ بإقراره ولها نصفه. التوضيح: أخذ بإقراره أي يفرق بينهما لإقراره بذلك كالطلاق فلذلك كان لها نصفه إن كان إقراره بذلك قبل البناء وجميعه إن كان ذلك بعده أ هـ، ثم أشار إلى الوجه الثالث. وهو ما إذا أقرت الزَّوجة فقط بقوله: لا باعتراف زوجة إن وقعا أي لا يفسخ النكاح بإقرارها وحدها وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله فإن ادَّعته فأنكره لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبل الدخول التوضيح: يعني إذا ادَّعت المرأة أنهما أخوان من الرضاع وأنكر الزوج ذلك لم يسمع منها ذلك لأنها تتهم على فسخ النكاح، فلا يفسخ وهو معنى قوله لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر ولا شيء منه قبل البناء لإقرارها بفساد العقدة أ هـ يعني بعد كون النكاح لا يفسخ فإن لم يطلقها، فلا إشكال وإن طلقها بعد البناء فلها صداقها وإن طلقها قبل البناء، فلا شيء لها لإقرارها بفساد العقدة فيكون كالفسخ قبل البناء. فرج: فإن قامت بيّنة على إقرار أحدهما قبل العقد فسخ النكاح قاله ابن الحاجب وفي الشارح في سياق كلام المتطبي ولو ثبت إقرارهما، أو أحدهما بذلك قبل النكاح فإنه يفسخ وليس عليه من المهر شيء ويسقط عنه نصف الصداق إن وقع الفسخ قبل البناء وإن كان هو المقر دونها لأنه لا تهمة في ذلك أ هـ.

ويفسخ النكاح بالعدلين بصحة الإرضاع شاهدين

قوله: (وَحاصله إلخ) هذا هو قول المختصر: وفسخ نكاح المتصادقين عليه إلى قوله: إلا أن تعلم فقط فكالغارة، فالصداق بعد الدخول بها إنما يسقط إن انفردت بالعلم فقط، ولكن قيد ذلك الناس إن لم تعلم بأمره ثم يسقط كونها غارة كما في أبي الحسن وغيره وهو أمر ظاهر انظر الشرح.

وبائتين إن يكن قولهما من قبل عقدٍ قد فشا وعلمنا
ورجلٌ وامرأةٌ كذا وفي واحدةٍ خلفٌ وفي الأولى اقتضي

يعني أن النكاح يفسخ إذا شهد شاهدان عدلان بصحة الرضاع بين الزوجين وأنها تمن
لا تحمل له، وكذلك يفسخ بشهادة امرأتين بذلك لكن إن فشا ذلك وعلم وشاع من قولهما
قبل عقد النكاح وعلى هذا نبه بالبيتين الأولين: وقوله: ورجلٌ وامرأةٌ كذا هو مرفوعٌ
بالابتداء على حذف مضاف والخبر الجار والمجرور بعده والإشارة بذا إلى شهادة المرأتين أي
وشهادة رجل وامرأة كهذه الشهادة أعني شهادة المرأتين في أن النكاح يفسخ بها مع القيد
المذكور وهو كون الرضاع فاشياً شائعاً قبل عقد النكاح فالتشبيه في الفسخ والفسو^(٦٨)، ثم
أشار إلى أن فسخه بشهادة امرأة واحدة بذلك خلافاً يعني مع الفسو أيضاً وذلك ظاهراً لأنه
إذا اشترط في صحة شهادة المرأتين وفي شهادة الرجل والمرأة فأحرى أن يشترط في شهادة
امرأة واحدة وفهم من فسخ النكاح بهذه الشهادة أن الرضاع يثبت بها إذ لو لا ثبوته ما فسخ
النكاح. ابن الحاجب: ويثبت الرضاع بشاهدين وبامرأتين إن كان فاشياً من قولهما قبل
العقد وإلا لم يثبت على المشهور والرجل والمرأة مثلهما التوضيح: أي يشترط الفسو على
المشهور. واختلف الشيوخ هل تشترط العدالة مع الفسو أو إنما تشترط مع عدم الفسو على
مذهبين وإلى الثاني ذهب صاحب البيان والأوّل مقتضى كلام اللخمي ابن عبد السلام وهو
ظاهر إطلاقهم ابن الحاجب: وفي الواحدة فاشياً من قولهما قولان: التوضيح: المشهور عدم
القبول ويستحب التزّه وهو مذهب المدونة وفي الشارح عن العنبيّة وقال عطرف وابن
الماجشون وابن وهب وابن نافع ومسنون: تجوز شهادة المرأتين في ذلك والرجل والمرأة وإن
لم يفش ذلك من قولهما (فشهادة المرأتين مع الفسو تجوز باتفاق وشهادة المرأة الواحدة دون
فسو لا تجوز باتفاق ويختلف في شهادة المرأة الواحدة مع الفسو وفي شهادة المرأتين دون
فسو) ومن يشترط الفسو في شهادتهما لا يشترط العدالة ومن لا يشترط الفسو يشترط

قوله: (فشهادة المرأتين مع الفسو تجوز باتفاق، وشهادة المرأة الواحدة دون فسو لا تجوز
باتفاق، ويختلف في شهادة المرأة الواحدة مع الفسو، وفي شهادة المرأتين دون فسو) سكت عن
شهادة رجل وامرأة مع أنه نقل أولاً أن ذلك كالمرأتين، مع أن الرجل والمرأة أقوى من المرأتين،
بدليل أن العدلين أقوى من المرأتين العدلتين، ولذلك لم يشترط الفسو في العدلين ولا كذلك
المرأتان، وعليه إذا شهد رجل بالرضاع وحصل الفسو أنه يكون أقوى من المرأة الواحدة والفسو
فيثبت به الرضاع لأن المرأة مع الفسو فيها خلاف وهذا أقوى منها، ولكن لم أقف عليه عت أحد
بعد البحث عنه فافهمه. وفي المختصر: ويثبت أي الرضاع برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا قبل
العقد، وهل تشترط العدالة مع الفسو تردد ويرجلين لا بامرأة، ولو فشا وتذب التزّه مطلقاً، وقد

العدالة، وقد يحضى القول على هذا في رسم جاع قباع امرأته من سماع عيسى من كتاب النكاح ١ هـ. ف قوله بصحة الإرضاع يتعلّق بشاهدين وبأثنتين عطف على بالعدلين وجملة قد فشا خبر كان ومن قبل عقد يتعلّق بفشا وقوله وفي الأولى اقتضي أي اقتضي الفسخ في القول الأولى أي الأحقّ بسكون الواو من الأولى.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

عطف ما يردان به على عيوب من عطف خاص على عام إذ كل ما يردان به عيب وليس كل عيب يردان به وضمير منها للعيوب والله أعلم.

من الجنون والجذام والبصرص والداء في الفرج الخياط يقتصر

بعد ثبوت العيب أو إقرار به ورفع الأمر في المختار

يعني أنّ العيوب التي توجب الخيار لأحد الزوجين في الآخر أربعة: الجنون والجذام وداء الفرج والبرص وداء الفرج يختلف باعتبار النساء والرجال كما يأتي وإنما يثبت الخيار للسالم من الزوجين في الآخر الذي به العيب بعد ثبوت العيب إما بشهادة أهل البصر والمعرفة بذلك (وإما بإقرار المعب بعيه) وبعد رفع الرّف للحاكم على القول المختار في ذلك ابن الحاجب: ولكل من الزوجين الخيار بالعيب والغرور للمرأة الخيار بالعقب التوضيح: يعني أنّ (للخيار ثلاثة أسباب) اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة وهما العيب والغرور بالحرية والثالث

تحصل من أنقال الناس على هذا الكلام في الشرح ثبوت الرضاع بعدلين دون شرط فشو، ويرجل وامرأة أو بامراتين ثبوته بهما بشرط الفشو وفيهما وبلا فشو لا ثبوت فيهما، ولكن في ذلك خلاف قوي في الصورتين، وإن صرح في التوضيح بأن المشهور فيهما عدم الثبوت وواحدة ولا فشو لا ثبوت اتفاقاً، ومعه فيها خلاف، والراجع عدم الثبوت والخلاف في العدالة مع وجود الفشو، فظهر من ذلك عدم الشرطية لأنه قول ابن القاسم وروايته عن مالك والامتنان بعد العقد كالاجنبيين وقبله ويثبت بهما الرضاع وإن لم يكن فشو كما نقلنا، دليل ذلك في الشرح وما حصله هذا الشارح قريب من هذا ولكن كتبنا هذا لكونه فيه زيادة عليه.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

(من الجنون والجذام والبصرص والداء في الفرج الخياط يقتصر)

إلى آخر العيوب الأربعة. قوله: (وإما بإقرار المعب إلخ) انظر هذا فإنهم قالوا: البكر لا يقبل منها إقرارها بأنها ثيب لأن في ذلك إسقاط المال الذي وجب لها، وإقرار المحجور فيما يؤدي إلى المال لا يعمل به. قوله: (للخيار ثلاثة أسباب) قال كاتبه في هذا ما نصّه:

خاص^{٦٩} بالمرأة وهو العتق إذا كان زوجها عبداً يعني، ثم عتقت، ثم قال ابن الحاجب: والعيب الجنون والجذام^(٧٠) والبرص^(٧٠) وداء الفرج ما لم يرض بقول، أو تلذذ أو تمكن، أو سبق علم بالعيب التوضيح: وقوله: ما لم يرض راجع إلى غير مذكور وهو لآرم العيب الذي هو وجوب الخيار ولا يرجع للمعيب لأنه وإن حصل الرضا فهو عيب وفاعل يرض ضمير عائذ على أحد الزوجين كذلك قوله، أو سبق علم يريد من أحدهما بيع الآخر وهو ظاهر. اهـ التيطي: فإذا رفعت المرأة زوجها إلى الإمام وأحبّت فراقه وقررت على عيبه فإن أقر به وإلا أثبتت ذلك عنده ويعرف الجذام والبرص بأن ينظر إلى جسده ما لم يكن ذلك في العورة فيصدق فيه.

(قال بعض المؤثفين): وحكى بعض أصحابنا أنه ينظر الرجال إليه للضرورة كما ينظر النساء، وأما الحصور والمجبوب المسوح ذكره وأثياه، أو مقطوعهما جميعاً والعين في قول القاضي أبي محمد فقال عبد الملك بن حبيب: يختبر بالجنس على الثوب وما أشبه ذلك لأن ذلك ظاهر لا يخفى ويحذر من الملامسة قال التيطي: فإذا ثبت ذلك بإقراره، أو انكشف

عيب غرور سبب الخيار لناكح كذلك عتق طار

قوله: (قال بعض المؤثفين إلخ) قال ابن عرفة في مضمون قول المختصر: ولا ينظرها النساء إلخ ما نصّه: ولعل المانع من نظرهما أي المراتين حق المرأة في عدم الاطلاع على صورتها، فشهادتهما في الغالب بتعيينها إياهما من ذلك فلا يتوهم كونه جرحاً اهـ. قال كاتبه عفا الله عنه: كان ابن عرفة لم يقف على ما في تعاليق أبي عمران فإنه قال ما نصّه: قال الشيخ ولا خلاف بين الأمة في أن المرأة إذا مكنت من نفسها أن يرى ما في فرجها من العيوب أن شهادة النساء مقبولة، وإنما الخلاف هل تجبر على ذلك أم لا؟ إلخ، وهذا منه بلفظه. وكان من حق ابن عرفة نقله من كثرة نقله عنه من هذه التعاليق بشهادة كتابه، ولكن أبو عمران لم يصرح بالجواز مع الرضا منها، وإنما حكى الإجماع على القبول، ولكن الإجماع على القبول ربما يدل على الجواز، مع أن العورة لا يجوز النظر لها وإن أذن صاحبها في النظر إذ هذا حق الله تعالى فيه، ولكن الضرورات تبيح المحظورات مع كون النظر هنا يتوصل به إلى اليقين وثبوت الحقوق الكثيرة لأهلها ودفع الممرات كالنظر للبكر عند دعوى الزوج أنها ثيب، وقد ذكر الناس عن سحنون وغيره جواز النظر للمعورة هنا، بل قال ابن لبيبة راداً على من قال هنا لا تكشف ذلك خطأ، وعلى من قال يردّها بالعيب يوجب أن تتمحن العيوب بالنساء أي ينظرن فرجها، وبهذا أفتى ابن عتاب، وهذه رواية ابن وهب عن مالك في البكر، وقال ابن أبي رمتين: النظر هو الذي يدل عليه لفظ الكتاب، وكذا قال هذا غير واحد، وقد نقلنا هذا عن أربابه بالفاظهم، قف عليه إن شئت، ونقلنا أن الرجال ينظرون لعورة الرجال، والنساء لعورة النساء قف على ذلك إن شئت وبه تعرف ما اقتصر

(٦٩) الجذام: حلة تتأكل منها الأضراس وتتساقط.

(٧٠) البرص: يبيض يقع في الجسد لمة.

عليه طلق عليه الإمام ولا يفوت ذلك إليها (هذا هو المشهور من المذهب اهـ) والاقتناص الاصطيد والمراد هنا أنّ من هذه العيوب يحصل الخيار للسالم منهما فكان الخيار وحش صيد وتوصل إليه من هذه العيوب تنبيه: بقي على الناظم من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة ويرد به كلّ منهما العذبة وهو حدث الغائط عند الجماع.

وداء فرج الزوج بالقضاء كالجلب والعنة والخصاء
وذلك لا يرجى له زوال فليس في الحكم به إمهال

شرح هنا في الكلام على داء فرج الرجل وميل ذكر داء فرج المرأة في قوله والرتق داء الفرج في النساء إلخ وأخير هنا أنّ داء فرج الرجل إذا كان جيا، أو عنة، أو خصاء فإن الحكم فيه لا يمهل بل إما أن ترضى، أو تفارق لأنه لما كان لا يرجى زواله صار الإمهال كالعبث قال في المقرب: قال عبد الملك كلّ من ذهب ذكره قبل بنائه بامرأته بخصاء، أو بليّة نزلت به ففرق بينه وبين امرأته مكانه ولم يؤجل له كذلك قال مالك رواه ابن القاسم: وغيره. وفي النوادر من الواضحة: وكذلك يفرق بينها وبين العتین بغير أجل إذا أقر بذلك، وكذلك إذا أقر أنه حصور أو مجبوب والعتین الذي لا يتشر ذكره كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينسط والحصور الذي يخلق بغير ذكر، أو بذكر صغار كالزّر وشبهه لا يمكن به وطء فهذان إن أقرّا بحالهما فطلبت الزوجة الفراق فرق بينهما بطلقة، وكذلك المجبوب ولا تأجيل فيهم اهـ ابن الحاجب: وداء فرج الرجل ما يمنع الوطء كالجلب والخصاء والعنة والاعتراض فالمجبوب المقطوع ذكره وأنياء والخصي المقطوع أحدهما وإن كان قائم الذكر والعتین ذو ذكر لا يتأتى به الجماع أي لصغره والمعترض بصفة المتمكن ولا يقدر وربما كان بعد وطء وربما كان في امرأة دون أخرى وقد يفسر العتین بالمعترض. التوضيح: ويقال للمعترض المربوط ويقال أنّ سببه السحر وقوله وقد يفسر العتین بالمعترض أي وقد يطلق الأصحاب لفظ العتین ويكون مرادهم به المعترض اهـ باختصار ابن الحاجب ففي الجلب والخصاء والعنة والخيار وقيل (إلا في القائم الذكر) إلا أن يكون مقطوع الحشفة التوضيح:

عليه هذا الشارح. قوله: (هذا هو المشهور من المذهب إلخ) هذا قاله التيطي، ولكن مقابله رجحه ابن عتاب وابن سهل كما في أحكامه الكبرى، لكن ابن عبد السلام قال فيما شهره التيطي هو الصحيح، ذكره في الطلاق على المعسر وباب الإعسار وهذا شيء واحد كما في ابن سهل وغيره، وكثير من الفقهاء لم يذكر لإطلاق الحاكم كالقاضي، وكثير ممن وقفنا على كلامه، وعدم ذكر ما ذكرنا فيه إيهام، وأن المسألة إنما رجحها التيطي وإن عبر بالمشهور وغيره بالتزجيح لمقابله، وبهذا يعترض على خليل حيث قال في المسألة قولان مع وجود التشهير والتزجيح والتصحيح والاقتصار المذكور فافهم.

قوله: (إلا في القائم الذكر) القائل به سحنون واختاره اللخمي وهو أمر ظاهر عند من

وهل الحصور من لا ذكر له البتة، أو له ذكرٌ صغيرٌ فيرجع إلى العتین قولان وقد فسّر ابن عباس الحصور بالذي لا ينزل الماء منه وقتادة ومجاهد بالذي لا يأتي النساء اه ويأتي الكلام على المعترض قريباً إن شاء الله تعالى.

وحيث عيب الزوج باعتراض أو برص وقسم عند القاضي
أجله إلى تمام عمام كذلك في الجنون والجلذام
ويعمد ذا يحكم بالطلاق إن عدم البرء على الإطلاق
والعبد في الأصح كالأحرار وقيل بالتشطير كالظهار

يعني أنه إذا كان عيب الزوج مما يرجى زواله ويطلع في برئه وقامت الزوجة بحققها عند القاضي، فلا يطلق عليه من حينه بل يؤجل سنة وذلك الاعتراض والبرص والجنون والجلذام فإن برئ في السنة، فلا إشكال وإن تمت ولم يبرأ فالخيار للزوجة في أن تقيم معه أو تفارقه والتأجيل في ذلك بالسنة هو للحرة واختلف في العبد فقيل كالحر وهو الأصح وقيل يؤجل شطر السنة ستة أشهر، وكذلك هذا الخلاف في العبد يظهر من زوجته ويمنع من التكفير فيدخل عليه الإيلاء فقيل يؤجل أربعة أشهر كالحر وقيل بالتشطير فيؤجل شهرين فقط وإلى هذا أشار بقوله كالظهار والله أعلم. قال في طرر ابن عات: الاعتراض والجنون والجلذام والبرص لا يطلق فيه ابتداءً ويؤجل من به هذه العيوب للمعالجة منه إذا كان يطلع في إزالته عنه والأجل في ذلك عام للحرة وفي العبد خلاف قيل عام قيل ستة أشهر وقال المتيطي مثله وزاد بعد الأجل للحرة وسواء كانت زوجته حرة، أو أمة والقول بأن العبد يؤجل سنة روي عن مالك وقاله جمهور الفقهاء وقيل ستة أشهر وهو قول مالك وبه الحكم وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: الأول أبين لأن السنة جعلت ليختبر بها في الفصول الأربعة فقد ينفع في فصل دون فصل، وهذا يستوي فيه الحر والعبد. فرع: وهل يكون الأجل من يوم الرقع، أو من يوم الحكم؟ نقل المتيطي عن ابن المراز عن مالك أن السنة من يوم ترفعه إلى السلطان وقال الباجي: هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندي أن ابتداء أجل السنة (من

أنصف وإن مر في المختصر خلافه موافقه للإمام ص):

(وحيث عيب الزوج باعتراض أو برص وقسم عند القاضي)

إلى آخر الآيات العشرة. قوله: (ليختبر بها في الفصول الأربعة إلخ) هذا قاله الفصول القاضي وغيره، واعترضه ابن رشد قائلًا: العلة في السنة سنة متبعة، ولو كانت العلة مرور الفصول لكان للعبد سنة كالحر إلخ، وفي اعتراضه ما لا يخفاك عند من يقول: الحر والعبد سواء، وهو مذهب الجمهور كما في الكافي وغيره، بل حتى من يقول أجل العبد على النصف لأنه قد

يوم يحكم السلطان بها) إذ لا يحكم إلا بعد ثبوت العيب أو إقرار الزوج فقد يطول ما بين الرفع والحكم.

وكالرجال أجل النساء في هذه الثلاثة الأدواء

وفي سواها لا يكون الأجل لهن إلا ما يرى المؤجل

يعني أن المرأة تؤجل في هذه الأمراض الثلاثة التي هي الجنون والجذام والبرص سنة كالرجل، وأما ما عداها فتؤجل قدر ما يراه المؤجل بالكسر وهو القاضي مما يتأتى فيه معالجة ذلك الداء وإنما تعين عود الإشارة إلى ما عدا الاعتراض لأنهم عدوه من الأمراض الخاصة بالرجل والكلام الآن في النساء والأدواء جمع داء وهو المرض ففي وثائق ابن فتحون: إذا كان بالمرأة جنون أو جذام، أو برص فإنها تؤجل في التداوي من ذلك سنة وقال في داء الفرج: إنها تؤجل في التداوي منه بقدر اجتهاد الحاكم ولم يحداها وفي مختصر الشيخ خليل: وأجلا فيه وفي برص وجذام رجي برؤهما سنة، ثم قال: وأجلت الرقعة للدواء بالاجتهاد.

ويمنع المبروص والمجذوم من بنائه وذو الجنون فاستثنى

وذو اعتراض وحده لن يمنع وهو مصدق إذا ما نورعا

وإن يقل وطئت أثناء الامد فقوله مع اليمين معتمد

اشتملت الآيات على ثلاث مسائل الأولى: أن من ضرب له الأجل من الرجال لمعالجة داءه قبل البناء وطلب البناء بزوجه أثناء الأجل المضروب فإنه يمنع من ذلك وذلك المجنون والمجذوم والمبروص كما تقدم في ضرب الأجل لهم في قوله: وحيث عيب الزوج باعتراض البيتين إلا المعتراض فإنه لا يمنع وله البناء في أثناء الأجل وإلى هذا أشار بالبيت الأول وشطر الثاني قال في طر ابن عات: ويمنع المجنون من البناء بها لما يخشى منه عليها، وكذلك للمجذوم والمبروص إذا كانت الرأفة منهما تؤذي ذكر ذلك ابن فتحون وقال المتطفي مثله

يدعي أن الحر يعتبر حقه أكثر من العبد انظر الشرح. قوله: (من يوم يحكم السلطان بها) كانه أراد الحكم بالجنة أي بثبوتها، فإذا ثبت وحكم القاضي بأن الأمر ثبت عنده فيضرب الأجل، ويدل لهذا قول الباجي وغيره: فإذا ثبت عند القاضي ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم إنفاذ الحكم أي الحكم على الزوج بأنه عتق والله أعلم. ولكن لحل مراده بالحكم ثبوت أن الزوج عتق بإقرار أو غيره، ولم يبق للزوج دعوى في ذلك فإن الحكم عليه بأنه عتق قد لا يحتاج إليه تأمل هذا، فقلل تعبير الباجي فيه مسامحة، وهذا الذي يدل عليه قوله: وذلك إن رفعها إلى السلطان إلخ فافهم.

سواءً وفي طرر ابن عات: ولا يمنع المعارض من البناء وقال المتطي مثله زراد: فإن وطئ في خلال السنة وإلا فرق بينهما عند انعقادها قوله: «وهو مصدق إذا ما نوزعا» هذه المسألة الثانية: مما اشتملت عليها الآيات يعني إذا ادعت المرأة على الرجل الاعتراض وأنكر هو فإنه مصدق في نفي الاعتراض ابن الحاجب: وصدق في العنة التوضيح: أي في الاعتراض فهذه من المواضيع التي أطلق فيها العنة على الاعتراض ١ هـ. وهو على حذف مضاف أي في نفي العنة (وفي الطرر: إذا أنكر الزوج ما ادعت عليه من الاعتراض فهو مصدق) وقد نزلت بالمدينة وفي ابن الحاجب أيضًا والقول قوله في الوطء مع يمينه بعد أن توقّف حين نزلت بالمدينة وفي المختصر وصدق في الاعتراض أي في نفي الاعتراض المسألة الثالثة: مما اشتملت عليه الآيات: المعارض يضرب له الأجل فيدعي في أثناؤه أنه وطئ فالقول قوله مع يمينه وإليه أشار بالبيت الثالث التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب والقول قوله في الوطء مع يمينه قال في المدونة وإن قال المعارض في الأجل جامعها دين وحلف فإن نكل وحلفت فرق بينهما فإن نكلت بقيت زوجة وتوقّف فيها ماكت مرة إذ نزلت بالمدينة وأفتى غيره أن تجعل الصقرة في قبلها وقال أناس يجعل نساء معها. ١ هـ وفي المختصر: وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه وإن نكل حلفت وإلا بقيت فقوله حلفت أي وقرق بينهما وإن نكلت بقيت أي زوجة.

ومنع الإنفاق ما لم تدخل إن طلبته في خلال الأجل

تقدم أن المجنون والمبروص يضرب لكل واحد منهم سنة ويمنعون من الدخول أثناءها فإذا طلبت زوجة أحدهم النفقة في ذلك الأجل، فلا نفقة لها فيه لأنها في مقابلة الاستمتاع وقد منعت نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه فكان بذلك معذورًا، وهذا في غير المعارض، وأما المعارض فقد تقدم أنه لا يمنع من البناء بزوجه فإذا طلبته بالنفقة لزمته لكونه متمسكًا من الاستمتاع بها. قال ابن رشد: في رسم الصلاة من سماع يحيى بن كتاب الطلاق قال أبو إسحاق التونسي: وانظر إذا ضرب للمجنون أجل سنة قبل الدخول هل لها نفقة إذا دعت إلى الدخول مع امتناعها من ذلك لجنونه كما إذا عسر بالصدّق أنه يؤمر

قوله: (وفي الطرر إذا أنكر الزوج ما ادعته عليه من الاعتراض فهو مصدق إلخ) ظاهره أنه مصدق بلا يمين تبعًا لابن النازم إذ هذا نقله ولم يعرج على ذكر اليمين، والحاصل من كلامهم أنه إذا أقرّ بالاعتراض وادعى الوطء فلا بدّ من يمينه لأنه يريد حلّ ما وجب عليه من الأجل، وأما إن ادعى عدم الاعتراض أصلاً في ذلك خلاف هل يحلف أم لا؟ والراجح هو الحلف لأن دعوى الزوجة محققة عليه وهي دعوى غير بعيدة واليمين تحب في هذا، والخلاف ذكره اللخمي في تبصرته، وصرّح خليل باليمين في المسألة الأولى، وفي الثانية كلامه محتمل ونصه في الأولى: وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه. وفي الثانية: وصدق في الاعتراض كالمراة في داتها إلخ.

بإجراء التفقة مع امتناعها منه لعدم قدرته على دفع صداقها فأجال النظر ولم يبين في ذلك شيئاً والظاهر أنها لا نفقة لها لأنها منعت نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه فكان بذلك معذوراً بخلاف التي منعت نفسها حتى يؤدي إليها صداقها إذ لعل له مالا فكتمه. اهـ قال الشيخ ابن غاري: ولا يصح قياس المعترض على المجنون لأن المجنون يمنع عنها كما قال في المدونة والمعارض مرسل عليها اهـ، وهذا في تأجيل الزوج (وانظر إذا أجلت الزوجة) لجنون، أو جذام أو برص قبل البناء هل لها نفقة لأن الامتناع ليس من قبلها، أو لا نفقة لها لأنها وإن لم تمنعه هي فإنه إن استمتع سقط خياره.

والعيب في الرجال من قبل البناء ويمسك الرد به تعيناً
إلا اعتراضاً كان بعد ما دخل والوطء منه هبة مرة حصل
وبالقديم الزوج والكثير يرد والحادث واليسير
إلا حديث برص منزور فلا طلاق منه في المشهور
وزوجة بسابق لعقه وهو لزوج آفة من بعده

(اعلم أن فهم هذه الآيات) يتوقف على معرفة فقه المسألة في الجملة وذلك أن العيب الموجود في أحد الزوجين إما أن يكون سابقاً على عقد النكاح، أو حادثاً بعد عقده فإن كان

قوله: (وانظر إذا أجلت الزوجة إلخ) هذه لا نفقة لها في المدة أصلاً لأن ما تزجل لزواله لا يكون إلا قبل العقد إذ لا ترد بما بعد العقد، وإذا كان كذلك ففي غارة ومدلسة ولذلك قالوا العيب الحادث قبل العقد يرد به مطلقاً لأن صاحبه مدلس كما تراه قريباً في شرح النظم هنا، ولذلك الناس إما تكلموا على التأجيل للزوجة من جهة جنون الزوج مثلاً، وهذا هو الذي فيه الخلاف باعتبار التفقة كما في ابن عرفة وغيره، وفيه وقع التوقف قالوا فإنه إن استمتع بها سقط خياره لما قال أصبغ: يستمتع الزوج بالرتقاء في أجلها، فقال المتيطي ما نصه: في قول أصبغ نظر فإذا استمتع ولو مرة واحدة فلم لا يكون تمتعه بها رضا منه بدائها، هذا لفظه، فالتص هو جواز الاستمتاع وعدم اللزوم لذلك كتمتع المعارض، وإن كان المعارض تمتعه بها ربما يؤدي للوطء الذي هو المطلوب منه، ولا كذلك الرتقاء لأن تمتعه بها ربما يدل على الرضا بها كما قاله المتيطي بل هو الظاهر.

قوله: (اعلم أن فهم هذه الآيات إلخ) كلامه في هذه الآيات حسن لا اعتراض عليه فيه، وحاصل هذه الفلزكة أن العيب الواقع قبل العقد يرد به مطلقاً كان بامرأة أو رجل قليلاً كان أو كثيراً، لأن من فيه العيب مدلس كان جنوناً أو غيره، وإن حدث بعد العقد فالزوجة لا ترد به مطلقاً بلا قيد أصلاً، وإن حدث بالزوج بعد العقد فالرد ثابت لها في الجذام والبرص والمضر،

سابقاً على العقد ثبت به الخيار للآخر لأن صاحب العيب مدلس حيث كتم ولم يبين وسواء كان العيب بالزوج أو الزوجة وإن كان حادثاً بعد العقد فإن حدث بالمرأة، فلا مقال للزوج وهي مصيبة نزلت به لأنه قادر على الفراق بالطلاق وميقول الناظم بعد:

وزوجة سابقين لعقدته وهو لزوج آفة من بعده

وإن حدث بالرجل فحكى ابن الحاجب في ذلك أربعة أقوال: الأول: أن لها الخيار في كل عيب حدث بالرجل بعد العقد بنى، أو لم يبن لأن الفراق ليس يلبسها، فلا مخلص إلا إن خيرت الثاني: لا خيار لها كالذي يحدث بالزوج الثالث: لا خيار لها إلا إن حدث به برص فتخير الرابع: لها الخيار إلا في البرص اليسير، فلا خيار لها ابن الحاجب: والعيب المقتضي للخيار ما وجد قبل العقد لا بعده وفي ثبوت الخيار للمرأة خاصة بعده ثالثها إلا في البرص ورابعها إلا في القليل منه اهـ فتكلم الناظم في البيتين الأولين على العيب الحادث بالرجل بعد عقد النكاح بنى، أو لم يبن وأن للمرأة الخيار بسببه إلا إذا كان العيب اعتراضاً حدث بعد الوطء ولو مرة واحدة، فلا خيار لها وتقدم أن ابن الحاجب حكى في ذلك أربعة أقوال ذهب الناظم في هذا البيت على الأول منها، ثم تكلم على نظيره. وهو حدوث العيب بالزوجة بعد عقد النكاح عليها حيث قال وهو لزوج آفة من بعده أي حدوث العيب بالزوجة بعد العقد آفة نزلت بالزوج، فلا خيار له فليأمل أمسك، أو طلق، ثم تكلم على الرد بالعيب القديم السابق على العقد فأشار لرد الزوج به بقوله وبالقديم الزوج والكثير البيت إلا أن قوله والحادث أي بعد العقد هو تكرار مع قوله أولاً والعيب في الرجال من قبل البناء البيتين وكأنه كرره ليستثني منه حدوث البرص اليسير بالزوج فإنه لا يوجب للمرأة خياراً، أو هذا هو القول الرابع عند ابن الحاجب كما تقدم ومفهوماً أن الكثير يوجب لها

كان الجنون قبل الدخول أو بعده على خلاف في ذلك، مع أن ثمرة الرد إنما تظهر قبل الدخول لأنه يلزم به كمال الصداق فافهم، ولكن حدوث الجنون بالزوجة بعد العقد فيه كلام هل ترد به أو لا؟ والذي يظهر رجحانه هو عدم الرد، ولعل الجنون أقوى من غيره، وأما الاعتراض فهما وطئ الزوج مرة سقط حكمه، وكلنا إذا وطئ مرة ثم قطع ذكره مثلاً وقد لفتنا هذا بما نصه:

مطلق عيب قبل عقد معتبر أو بعده إن كان في زوج ذكر

إلا فيما خفي من الجنان ويرص خفي بلا ملام

وراجع لنفسي وطئته دفع بوطأة منه على ما قد سمع
وقولنا: مطلق عيب الكلام في العيب الذي يرد بلا شرط كما لا يخفى، والعيوب التي يرد بها هي كلها المذكورة في المختصر وذلك ثلاثة عشر عيباً سلمنا الله من جميعها وغيرها بمنه وفضله وكرمه وطوله. وقال ابن الناظم هنا ما نصه: أقول واستشكل ابن عرفة الرد بالسواد إذا اشترط

الخيار، وكذلك الجذام البين إذا هو أضر من البرص، وهذا المفهوم هو متطوق قول الشيخ خليل ولها فقط الرد بالجنام البين والبرص المفسر الحادئين بعده فتلخص من كلامه أنه يستثنى من العيب الحادث بالزوج بعد العقد شيثان. الاعتراض بعد الوطء والبرص اليسير، فلا خيار فيهما للزوجة لقوله إلا اعتراضاً كان بعد ما دخل البيت ولقوله: إلا حدوث برص متزور البيت، فلا طلاق منه أي، فلا خيار فيه للمرأة ولو عبر بالخيار بدل الطلاق لكان أولى والله أعلم، ثم تكلم على رد المرأة بالعيب القديم فقال وزوجةً بسابق لعقده فتلخص من كلامه أيضاً أنه حكى في المسألة التي حكى ابن الحاجب فيها أربعة أقوال وهي حدوث العيب بالرجل بعد العقد قولين منها الأول في البيت الأول من هذه والرابع في قوله إلا حدوث برص متزور فقول الناظم والعيب في الرجال من قبل البناء وبعده البيت معناه أن العيب الحادث بالرجل بعد عقد النكاح سواء حدث قبل البناء أو بعده عيب للزوجة الرد به، وهذا هو القول الأول عند ابن الحاجب ولما دخل في قوله ريعه عيب الاعتراض الحادث بعد البناء والوطء وهو لا يرد به استثناء الناظم. فقال الاعتراض إذا كان بعد الوطء ولو مرة واحدة فإنه لا يرد به وذلك مصيبة نزلت بالزوجة وقوله وبالقديم الزوج والكثير البتين يعني أن العيب إذا كان بالزوج فإنه يرد به قليلاً كان العيب، أو كثيراً قديماً كان أي قبل العقد أو حادثاً بعد العقد إلا إذا كان الحادث بعده برصاً يسيراً، فلا يرد به على المشهور، وهذا هو القول الرابع عند ابن الحاجب كما تقدم فكان الناظم حكى القول الأول والرابع مما عند ابن الحاجب وزاد ابن الحاجب بعد حكاية الأقوال الأربعة ما نصه، وأما جنونه الحادث فيعزل سنة فإن صحح وإلا فرق بينهما وقيل إن كان يؤذيها وعن مالك والمجلوم البين كذلك التوضيح: أي فيعزل سنة إن رجي برؤه، ثم يفرق بينهما إن شامت. وحاصل القول الرابع أن ما يحدث بالرجل بعد العقد، فلا خيار للمرأة إلا في البرص الكثير والجنام البين والجنون إذا حدث بعد العقد وقبل البناء أما بعد البناء، فلا خيار لها به وعلى هذا اقتصر في المختصر بقوله ولها فقط الرد بالجنام البين والبرص المفسر الحادئين بعده لا بكاعراض، أو جنونهما وإن مرة في السنة قبل الدخول وبعده أي بعد العقد وحكى ابن عرفة في جنون من تأمن زوجته آذاه ثلاثة أقوال الأول: إلغاؤه لابن رشد من سماع زونان عن أشهب عن ابن وهب الثاني: اعتباره لسماع عيسى رأى ابن القاسم وروايته الثالث: إن حدث بعد البناء ألغي وإلا، فلا الخمي: وقوله وزوجةً بسابق لعقده يعني أن الزوجة ترد بالعيب السابق على العقد ولا إشكال في هذا، وأما ما حدث بالمرأة بعد العقد فمصيبة نزلت بالزوج لا خيار له فإن شاء أمسك، أو فارق فإن فارق قبل البناء لزمه نصف الصداق وإن فارق بعده لزمه الصداق كاملاً. وعلى ذلك تبين بقوله وهو أي حدوث العيب بالمرأة من

السلامة لعدم اندراجها عنده تحت تلك العيوب التي يرد بها إذا اشترطت السلامة، وما أبداه من هذا البحث ظاهر هنا فتأمل.

بعد العقد آفة نزلت بالزّوج، فلا ردّ له به وفي المواق عن ابن عرفة: ما حدث المرأة من عيب بعد العقد لغو وهو نازلة بالزّوج ابن رشد: وما حدث بالرجل بعد العقد من جذام ثالث الأقوال قول ابن القاسم لها الخيار إن كان يتيماً إلا إن رجي بروه، فلا يفرق بينهما إلا بعد أجله سنة لملاجه ابن عرفة: والبرص إذا حدث بالرجل بعد العقد فقال ابن رشد: يسيره لغو اتفاقاً وشديده وكثيره سمع ابن القاسم يردّه به (وقال المشيطي) حدوث جنون الرجل بعد العقد وقبل الدخول كوجوده قبل العقد قال: وكذا الجذام بخلافهما إذا حدثا بعد الدخول راجعه اهـ. والعيب مبتدأ وفي الرجال ومن قبل البنا في محل الصفة للعيب وجملة الردّ به تعيناً خبر العيب والرباط جملة الخبر بالمبتدأ ضمير به العائد على العيب والزّوج مبتدأ وخبره يردّ وبالقديم يتعلّق بيردّ وزوجة مبتدأ خبره محذوف أي تردّ ويسابق بذلك المحذوف.

والرتق داء الفرج في النساء كالقرن والعفل والإفضاء

يُنّ هنا داء فرج المرأة وهو نظير قوله في بيان داء الفرج في الرجل وداء فرج الزّوج بالقضاء كالجبّ والعنة والخصاء يعني أنّ داء فرج المرأة هو الرّتق (٧١) والقرن (٧٢) والعفل (٧٣) والإفضاء ابن الحاجب: وداء الفرج في المرأة ما يمنع الوطء، أو لذّته كالرتق والقرن والعفل وزيد البخر والإفضاء التّوضيح: عياض الرّتق بفتح الرّاء والتّاء التصاق موضع الوطء والتحامه والعفل بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النساء كالآذرة في الرجال وهو بروز لحم في الفرج والقرن بفتح القاف وسكون الرّاء مثله لكنّه قد يكون خلقةً غالباً ويكون عظماً وقد يكون لحناً قال غيره، وأمّا القرن بفتح القاف والرّاء فهو المصدر وهو الأحسن هنا ليكون موافقاً لباقي العيوب فإنّها كلّها مصادر ومن عدّ الفتح خطأ فقد أخطأ قوله وزيد البخر والإفضاء رادهما في الجلاب والبخر نتن الفرج لأنّ المصنّف أخبر بذلك عن داء الفرج اهـ والإفضاء اختلاط محلّ الجماع ومجرى السّول بزوال الحائل الرّقيق الذي بينهما وإذا وقع ذلك، فلا تمسك بولاً ولا نطفةً والبخر والإفضاء يمنعان لئلاّ الجماع لا مطلق الجماع قال الشّارح: وسكن الشّيخ رحمه الله التّاء من الرّتق لضرورة الوزن، أو لعله استعمله مصدراً كقولك رتقت الشّيء رتقاً.

ولا تردّ من عسمى ولا شلل ونحوه إلا بشرطٍ يمتثل

يعني أنّ المرأة لا تردّ إلا من العيوب المذكورة قبل ولا تردّ من غيرها كالعمى وأخرى العور والشلل وقطع عضوٍ ونحو ذلك إلا إذا تزوّج على شرط السّلامة فيمتثل الشرط وتردّ

(٧١) الرّتق: هو السد والالتام فهي رتقاء.

(٧٢) القرن: هو بروز لحم في الفرج أو عظم.

(٧٣) العفل: هو بروز لحم في فرج المرأة.

بغير ما تقدم أو قد ولدت من رثا، أو سوداء فقال مالك لا ترد النساء في النكاح إلا من العيوب الأربعة التي وصفت لك ومن كتاب ابن يونس وسئل أبو محمد بن أبي زيد عما يكتب الناس في صدقاتهم وهي صحيحة العقل والبدن إن وجدها بعد ذلك عمياء أو شلاء هل له أن يردها بهذا الذي كتب في الصداق؟ فقال لا ينفعه ذلك وليس كالشرط حتى يبين فيقول لا عمياء ولا شلاء قال ولو كان في موضع صحيحة البدن سليمة البدن لرأيت له أن يردها إذا وجدها عمياء، أو شلاء أو غير ذلك وبهذا كان يقتي علماؤنا ونفتي نحن قال الشارح: استشكل ابن عرفة الرد بالسواد إذا اشترط السلامة لعدم اندراجها عنده تحت العيوب التي يرد بها إذا اشترط السلامة وبحته ظاهر. ١ هـ ومن المدونة: إن وجدها سوداء، أو عمياء، أو عوراء لم ترد ولا يرد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه قلت فإن شرط أنها صحيحة فإذا هي عمياء، أو شلاء، أو مقعدة أيردها؟ قال نعم إذا اشترطها على من أنكحه إياها لقول مالك فيمن تزوج امرأة فإذا هي لغية إن رجوه على نسب فله ردها وإلا، فلا عياض: قوله لغية أي لغير نكاح كما قال في موضع آخر لزنية عكس هذا الرشيدة إلا أنه يجوز فتح الرأه هنا ابن رشد: إن أجاب الولي المخاطب عند قوله قيل لي وليك سوداء أو عوراء بقوله كذب من قال ذلك هي البيضاء الغراء، فلا خلاف أن هذا شرط يوجب ردها إن وجد بها بعض ذلك. وإنما الخلاف إن وصفها الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين ابتداء بغير سبب وهي سوداء، أو عمياء ففي لغوه وكونه شرطاً قولان المتبني: قوله: صحيحة في جسمها قيل هو كشرط السلامة من كل عيب وحكى عبد الحق وغيره عن الشيخ أنه لا يوجب له ذلك الباجي: ظاهر المذهب أنها لا ترد بفاحش القرع كالجرب خلافاً لابن حبيب ابن رشد: وابن حبيب يرى رد القرعاء والسوداء ابن عرفة: نقله عنه اللخمي بشرط كونها من بيض وفي الجلاب ترد من تنن الفرج فعلى هذا ترد بالبخر والخشم وهو تنن الأنف (لان تنن الأعلى أولى بالرد هـ).

(والزوج حيث لم يجدها بكرًا) لم يرجع إلا باشتراط علنا

ما لم يزل عذرتها نكاح مكتم فالرد مستباح

قوله: (لان تنن الأعلى أولى بالرد) هذا كما قال، ذكره غيره واحد وسلمه، ولكن تلقينا من أشيائنا أن تنن الفرج أصعب لأن تنن الفم والأنف يمكن رده بتغطيتهما عند الجماع الذي هو المقصد الأعظم من المرأة، وتنن الفرج يزداد عند الجماع ولا يتأتى رده، وعرضناه على غير واحد ممن يظن به العلم فاستحسنه وصوبه، ولذلك في المختصر ذكر الرد بتنن الفرج مطلقاً، وذكر أن تنن الفم لا يرد به إلا مع الشرط كالعمى ونحوه. قوله: (والزوج حيث لم يجدها بكرًا) إلى آخر اليمين) حاصل المسألة أنه إذا وقع الشرط بأنها عذراء فوجدت بلا عذرة فإنها ترد مطلقاً بأي وجه كان روالها، وإن وقع الشرط على أنها بكر ووجدت ثيباً بالنكاح فإنها ترد أيضاً لأنه شرط البكارة

يعني أن من تزوج امرأة على أنها بكرٌ فوجدها ثيبًا، فلا رجوع له؛ لأن البكر في اللغة هي التي لم ينعد عليها نكاحٌ قط وهذه كذلك ولا يدلّ لفظ بكرٌ على كونها عذراء وهي التي بخاتم ربّها هذا لفظ الشّارح فإن كان زوال عذرتها بنكاحٍ كتموه عن الزوج ولم يعلم به فله ردّها إذ ليست بكرًا حيثُ وعلى ذلك نَبّه بقوله والزوج حيث لم يجدها بكرًا لم يرجع، ثم قال ما لم يزل عذرتها نكاحٌ قال في المقرَّب: قلت: فإن تزوّجها وهو لا يعرفها فإذا هي عمياء، أو عوراء أو قطعاء، أو سلاء، أو مقعدة البيت، وأمّا من تزوّج امرأة على أنها عذراء فوجدها ثيبًا غير عذراء فله الرجوع وعلى ذلك نَبّه بقوله: إلّا بأشترط عذراء المواق عن ابن عرفة: لو شرط أنها عذراء فوجدها ثيبًا غير عذراء فله ردّها اتفاقًا وفي كون شرط أنها بكرٌ كذلك ولغو قولان والذي عوّل عليه ابن فتحون وصوّبه وأخذ به جماعة من المتأخّرين ورواه ابن حبيب عن مالك وقاله أشهب أن لا ردّ له بذلك. اهـ الخطّاب: وعلى عدم ردّها بالثبوتية في الدخول على أنها بكرٌ قال ابن عرفة عن المتيطي وابن فتحون لو بان أنها ثيبٌ من زوج لكان للزوج الردّ اهـ، ثم قال المواق ابن عرفة على ردّها بالثبوتية إن

ولم توجد، وإن زالت بوثية ونحوها ولم يعلم بذلك الولي فالراجع عدم الرد، وإن علم فالراجع الرد إلخ. هذا هو الحق في النازلة، وقد سقنا دليله من كلام الناس في الشرح، وكلام ابن راشد هنا فيه نظر قف عليه إن شئت، وإن لم يشترط أنها عذراء ولا بكر فلا تردّ بالثبوتية، وقد لقننا هذا بما نصّه:

وحيث لا شرط فلا رد وإن وجد بالعذرة فالمرء قمن
كبيكاره وزالت بنكاح كغيره وكتمه له انضاح
وحيث لا كتمان فالخلف انضح فهاكها منظومة مّن نصح
ولكن الرجوع في هذا الخلاف ما ذكرناه.

تنبه: ما ذكرناه من الرد في شرط العذرة حكى عليه ابن راشد الاتفاق ونقله غير واحد كابن عرفة وابن سلمون ولم يتبعه، لكن في نوازل ابن الحاج ما هو صريح أو كالصريح في عدم الرد، وصرّح البرزلي بذلك عن القاسي لما سئل عن المسألة وهو في شروح النظم، وكذا هو في أنقال المواق مع زيادة عن غير واحد، وفي المعيار أيضًا، وجمعنا ذلك في شرحنا، ومن قال الردّ إنما هو إذا علم أن الثبوتية وقعت قبل العقد لا إن شك في ذلك، لأن عيب المرأة يلغى بعد العقد والأصل الاستصحاب فيحمل ذلك على الحدوث، وقد حذر الناس من اتفاقات ابن رشد، وما ذكره القاسي ومن وافقه حسن غاية في وقتنا هذا الذي هو في حدوده الثلاثين ومائة بعد ألف، فإن الذي قلّ دينه يتزوج البكر العذراء بشرط أو عرف ينتزل منزلة الشرط فيجدها عذراء فإن أعجبته سكّت وإلّا تكلم وادعى أنه وجدها بلا عذرة ليرد صداقه ويرسل لأهلها فيدرّكهم الحياء غاية ويخافون المرأة لا سيما إن كانت لهم مروءات وأهل بيوتات فيصالحونه على الصداق فيأخذوه أو

أكلبته في دعواه أنه وجدها ثيباً فله عليها اليمين إن كانت مالكة أمر نفسها، أو على أبيها إن كانت ذات أب. ابن حبيب: ولا ينظرها للنساء ولا تكشف الحرة في مثل هذا، انظر إذا قال وجدتها مفتضة فإنه يجب حده للكلد وإن ثيب قوله أي إنها ثيب بخلاف ما إذا قال لم أجدها بكرًا لأن العذرة تذهب بغير جماع انظر نوازل ابن الحاج فعلى ما ذكر عول شيخ الشيوخ ابن لب قال: ولا ينظرها القوابل وشدد في ذلك. ومن نوازل البربرلي: سئل القاسبي عن اشتراط عذراء فوجدتها ثيباً فقال: هذا شيء لا يمنع الزوج الوطء وشيء يدخل على المرأة ولا تشعر من لعب، أو قفزة ومن تكرّر الحيض فتأكله الحيضة ويحول الحجاب وليس يعيب على كل حال اهـ وانظر جواب القاسبي هذا مع ما تقدم عن ابن عرفة أنه له الرد اتفاقاً، ثم قال المواق: وقال المتطي: إن شرط أنها بكر فالفأها ثيباً على ذلك، فلا رد له ورواه ابن حبيب عن مالك قاله الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: قال: لأن العذرة تذهب بالقفزة والحيضة كما قال أشهب وقد تكون العذرة ذهبت بعد عقد النكاح، فلا يجب على الزوجة شيء وسئل الشيخ أبو محمد ابن أبي زيد عن تزوج بكرًا، ثم زنت فقال هذه نازلة نزلت بالزوج ويلزمه جميع الصداق إن دخل ونصفه إن طلق قبل الدخول وفي المدونة: في المرأة يظهر بها حمل قبل أن يدخل بها الزوج قال ابن القاسم هي زوجته إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا يلحق به الولد وتعد هي (المتطي: ينبغي لأولياء المرأة) تذهب عذرتها بغير جماع أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها. ثم قال وينبغي للولي أن يعلم الزوج عند نكاحها بما جرى عليها فإن لم يعلمه فقال أشهب لا مقال للزوج وقال أصبغ للزوج الرد والرجوع على الأب قال ابن العطار وهو الصواب عندي اهـ

بعضه، وهذه مفصلة عظيمة جسيمة، فيحسن في هذه الأمانة التي قلت فيها الأمانات وشاعت فيها الأذيات أن يفتي في النازلة بعدم الرد إلا إذا كان الزوج بر في العدالة والأمانة، أو من منه أن يكذب في هذا لأمانته وديانته فيؤخذ بما قال ابن رشد ومن تبعه تبعاً لغيرهم من الفقهاء، ولكن لا يشهر القاضي هذا إنما يعاينه بعد وقوعه، لأن اشتهار أن المرأة لا ترد بهذا فيه مفسدة أخرى وهي كون العذراء لا تحافظ على عذرتها، وهنا يحتاج القاضي إلى لبّه وأسفاره والهر إلى أطفاله، ولكن القاضي إن تبع الحق لينجو مع الله وفقه وهله، وإن تبع هواه أهلكه وأراده، ومن تولى القضاء وراقب مولاة شهد من هذا ما يعلمه الله، وبالنظر لأمثال هذه المسألة صعب القضاء غاية بل بلغ في الصعوبة النهاية، ولكن إنما يعرف هذا من خاف العقاب وهاب الحساب، وقف على ولي المرأة إذا اصطاح مع الزوج عند قوله وجدتها ثيباً هل يمضي ذلك أو لا؟ فقد نقلنا كلاماً طويلاً عن الفحول، ولطوله تركنا نقله هنا، قف عليه في شرحنا لهذه المسائل ففيه فوائد مع كثرة ذلك لا سيما في البوادي. قوله: (المتطي ينبغي لأولياء المرأة إلخ) هذا كلام فيه بتر فإن هذا إنما هو لدفع المعرة، وإنما تستفي للمرة إذا شهد العلول أن البنت صغيرة بحيث لا يمكن منها الزنا، ولذلك قال ابن عرفة بعد ما اقتصر عليه هذا الشارح ما نصه: إنما يرتفع عارها إن نزل ذلك بها

كلام المواق. تنبيهات: الأول: قال مقيّد هذا الشرح عفا الله عنه بفضله تلقينا من بعض شيوخنا رحمهم الله أنّ الخلاف المتقدم في الردّ إذا لم يجدها بكرًا إنّما هو في غير عرف أهل فاس أمّا عرفنا اليوم فإنّ اشترط البكارة كاشتراط كونها عذراء ولا فرق بينهما في عرفنا لأنّهم يعنون بالبكارة كونها عذراء لا غير (فللزّوج الردّ إذا وجدها ثيبًا سواء قالوا بكرًا، أو عذراء) الثاني: تنبّه للفرق بين قوله وجدتها مفتضّة أو وجدتها ثيبًا وأنّه على التعبير بالافتضااض وما في معناه وهو غالب عبارتهم يحدّد حدّ القلب. الثالث: فهم من قولهم أنّ العذرة تزول بالقفزة وغيرها كتكرار الحيض فتاكله الحيضة ويحول الحجاب أنّ العذرة سائر رقيق على المحلّ يزول بأدنى شيء وهو الذي عبّر عنه الشارح كما تقدّم بخاتم ربّها. الرابع: فهم من قولهم في توجيه عدم الردّ في اشتراط كونها عذراء وقد تكون العذرة ذهبت بعد عقد النكاح إلخ أنّ لا ردّ للزّوج حتّى يثبت أنّ روالها قبل العقد عليها لأنّ الأصل الاستصحاب فيحمل روالها على الخلو حتّى يتبيّن خلافه.

وهي في سن من لا توطأ أو سقطت بمحض جمع، وينبغي أن يثبت ذلك بشهادة ذلك الجمع، ولو كان ذا ستره قاصرة عن التعديل أو نساء، هذا لفظه عن ابن قنبر وابن فتحون والمتطبي وهو كلام حق وأمر صدق يفهمه العوام دون الفقهاء الأعلام، وترك ونقل هذا التفصيل لا ينبغي وإن أشعر ببعضه في نقله وثيقة الونشريسي.

قوله: (فللزّوج الردّ إذا وجدها ثيبًا سواء قالوا بكرًا أو عذراء) ما نسب لبعض شيوخه هو في أبي الحسن قبل شيوخه، ونص أبي الحسن على اللدونة بعد كلام في المسألة ما نصّه الشيخ، ولا يتأتى الآن فيه مخالفة إن قال إنها بكر لأنّه إمّا يطلقونه على القائمة العذرة هذا لفظه، ومع ذلك فالخلاف متأت حتّى مع هذا العرف، وذلك أنّ قول الزوج: أتزوجها على أنها بكر وهو من العامة الذين جرى عرفهم هي العذراء، فالظاهر من كلامه والغالب أنّه لا يعرف أن البكر من لم تثب بنكاح كما في اللغة، وإمّا الغالب هو أنّه إمّا أطلقه على ما يعرف غالبًا وهي العذراء، ولكن طلب الشارع الستر محلّه على الأمر النادر الذي لا يعرفه غالبًا، كحمله الولد من ستة أشهر على أنّه للزوج وإن كان الغالب أنّه لا يكون من ستة أشهر، وعلى تقدير الجزم فإنّه لا يعرف المعنى اللغوي فذلك منه جهل، ولا يعذر به لأجل الستر وإن كان العرف ناسخًا للغة، ولذلك قال ابن رشد بعد كلام في المسألة ما نصّه: وليس في قول أصبغ بيان على ما يحمل الشرط من ذلك هل على ما يقتضيه اللسان على ما ذهب إليه أشهب أو على ما يعرفه عامة الناس من أن البكر ذات عذرة إلخ. فقول هذا ظاهر فيما ترومه، وفيه أنّ هذا عرف عام في أن البكر هي العذراء لا عرف أهل فاس فقط في زمن شيخ هذا الشارح، ولكن إن وقفت على الشرح ورأيت كلام الناس في هذا ظهر لك أنّ الخلاف موجود مع العرف المذكور، وربما يكون الخلاف إمّا يظهر معه فقط إن تأملت ما تقدّم من الحكم في هذه المسألة ونظرت كلام الناس، ومن جملة كلام ابن رشد في المسألة ما نصّه: وإمّا قال أشهب إنها تلزمه ولا شيء له لأن البكر في اللسان هي التي لا زوج لها

(الخامس: انظر) قوله: فيمن ظهر بها حملٌ قبل البناء ولا يلحق به الولد أي بالزواج ظاهره ولو أنت به لستَ أشهر فأكثر من يوم العقد عليها وليس كذلك بل يلحق به إذا أنت به. لذلك ولا يتنفي إلا باللعان وإنما لا يلحق به الولد إذا أنت به لأقل من ستة أشهر والله أعلم. السادس: قول المتيطي ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها من غير جماع أن يشيعوا ذلك إلخ قلت: على إشاعة ذلك عمل العامة فيما يقع لهم من ذلك، وكذا المؤمنون حتى يعتقدوا في ذلك الوثائق والسجلات وقد وقفت في ذلك على وثيقة بخط الإمام العالم الحسن بن عثمان بن عطية التيجاني الشَّير الونشريسي وقد تقطع بعض أطرافها لقدمها ونص ما وجدت سالمًا من ذلك هذا كتاب تحصين لرفع ما عسى أن يكون من الظنون عقده فلان لابنته فلانة الصغيرة في حجره وولايته، وأمره لما جرى عليها من القدر الذي لا يغالب بالخدر وذلك أنها مشت في الأرض مشية الصبيان ولعبت لعب أمثالها من الولدان فسقطت على حجر أصاب رحمها وأسقط عذرتها ويعلم من يضع اسمه عقب تاريخه أنها لصغر ما بمن لا يتشوق إليها الرجال فصغر سنّها قرينة رفع الاحتمال فليكن الذائب إلى نكاحها طيب النفس رهي البال وأنه رافع حجاب لم يرفع لقضاء أرب من الأرب وأنها بكرٌ عوان لم يطمئنها إنس قبله ولا جان ويشهد بمضمّن هذه الوثيقة عن علم صغر البنت المذكورة على الحقيقة وفي كلا هـ.

والقول قول الزوج قبل الابتنا في قسّم العيب الذي تبينّا

والقول بعد في الحدوث قول الأب والزوج إذا ذاك ييسّانه وجب

يعني أنه إذا ظهر بالزوجة عيبٌ واختلفت مع الزوج فادّعى الزوج أن العيب قديمٌ يوجب له الخيار وادّعت الزوجة حدوثه فيكون مصيبةً بالزوج فإن كان اختلافهما قبل البناء

عذراء كانت أو غير عذراء فلم يعلمه بالجهل ورأها لازمة حتى تزوج على أنها بكر عذراء، ثم قال: وذلك نحو ما في نوارل سحنون من كتاب العيوب في الذي يشتري العبد فيقول للتاجر: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسأل عن القائم العينين فيقال له هو الذي لا يبصر أن البيع لازم وليس له أن يردّه إلخ. فانظر قوله فيسأل إلخ فهو ظاهر في أن المشتري لا يعرف أن القائم العينين هو الذي لا يبصر، كما أن مشروط كون المرأة بكرًا لا يعرف أنها هي التي لم تنب بنبكاح وإنما يعرف أن البكر هي العذراء، بل مسألة البكر أخرى أن يقول أشهب فيها بالزوج فافهم.

قوله: (الخامس انظر إلخ) قال ابن عرفة: ما نصّه المتيطي في الرحم من المدونة لملك إن ظهر بامرأة قبل البناء حمل أنكره زوجها وصدّقه بأنّها زنت وأنه ما وطئها حدث ولا يلحقه الولد ولا لسان فيه. ابن القاسم: وهي زوجته إن شاء طلق أو إلخ وهذا منه بلفظه، وما ذكره هذا الشارح من هذا القيد انظره صدر اللعان وصدّر العدة من شرحنا لتكون على بصيرة فيه.

فالقول قول الزوج في قدمه وعلى الزوجة بيان كونه حادثاً وإن كان بعد البناء فالقول قول الزوجة في حدوثه، أو قول أبيها وعلى الزوج بيان كونه قديماً وعليه تبّه بقوله: والزوج إذ ذاك بيانه وجب ففي طرر ابن عات: انظر إذا ظهر بالزوجة جذاماً فادّعى الزوج أن ذلك كان بها قديماً وقال الأب بل حدثت بها فإن كان قبل البناء فالقول قول الزوج وعلى الأب البيّنة بحدوثه وإن كان بعد البناء فالقول قول الأب وعلى الزوج البيّنة قياساً على البيوع فيما وجد من عيب السلعة فاختلف فيه الحكم فيهما سواء ذكر ذلك ابن رشد في سماع عيسى من الشرح (وقد وهم ابن فتحون رحمه الله) في هذه المسألة ونحو هذا الفقه في المواق عن ابن

قوله: (وقد وهم ابن فتحون الخ) تبع الناس ابن رشد في هذا الناظم ومن شرح نظمه فصلوا، والذي يظهر أن المذهب أن القول للأب والزوجة قبل البناء وبعده لا كما فصل الناظم ومن تبعه من شراح نظمه وهذا الشارح تابع لابن الناظم، وقول هذا الشارح ونحو هذا الفقه في المواق عن ابن القاسم ليس كذلك، ونص المواق هو قوله على قول المتن عاطفاً على ما تصدق فيه الزوجة أو وجوده حال العقد ما نصّه ابن القاسم إن قال الأب تجلّمت بعد العقد وقال الزوج بل قبله فالأب مصدق وعلى الزوج البيّنة. ابن رشد: هذا إن تداعيا بعد البناء، وأما إن تداعيا قبله فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى الأب البيّنة اهـ. بلفظه ولم يزد عليه شيئاً. فكلما ابن القاسم ظاهر في تصديق الأب مطلقاً، وابن رشد قيد ذلك بما إذا كان ذلك بعد البناء. ابن القاسم لم يقل ما في النظم من التفصيل كما يوهمه كلام هذا الشارح، وعلى إطلاق قول ابن القاسم من في المختصر، ولم يشر لتفصيل ابن رشد أصلاً، والقيد رأيته في كلام المواق وهو في الخطاب أيضاً، وفي الأجهوري وبه قيد المتن من حشاه، وابن عات والمتيطي وابن سلسون تابعون لابن رشد في ذكر القيد المذكور، وإن كان المتيطي نسب القيد كأنه لم يجزم به، ونص ابن درقة ما نصّه: وسمع عيسى بن القاسم من روج ابنته على أنها صحيحة فتجلّمت بعد سنة أو نحوها فقال الأب: فتجلّمت بعد النكاح، وقال الزوج قبله، فعليه البيّنة والأب مصدق لأنه زوجه واتّمتته، رواه أصبغ. ابن رشد: يصلق الأب إلى آخر تمام كلام ابن رشد وما كتبناه هو منه بلفظه. وفي التوضيح ما نصّه: فريخ: قال في الجواهر: إذا ظهر بعد مدة من قعد النكاح عيب بها فتنازعا في أنه كان موجوداً حالة العقد فالبيّنة على الزوج وصلق الأب محمد مع يمينه ابن حبيب عن مالك وإنا يحلف الولي إذا كان أباً أو أخاً، وإذا كان غيرهما فاليمين عليها، فجعل محل اليمين محل الغرم بعض المؤقتين وهذا إذا لم يدخل بها وإلا فاليمين عليها دون الولي لأنه لم يفوت على الزوج شيئاً. قال في المتيطية: والمنازعة مع المرأة إن كانت ثيباً ومع وليها إن كانت بكرًا اهـ. ونقله بهرام في كبره مفسراً به كلام المصنف، وكذا اختصره في الشامل إلخ فأنت تراه لم يذكر قيد ابن رشد بل قوله وإلا فاليمين عليها يخالفه وقد ذكره بعض المؤقتين، وابن شاس لم يذكر القيد كالمصنف في مختصره وتوضيحه، وكذا صاحب الشامل ومعين الأحكام إنما فيه بعض مضمون كلام التوضيح، وابن يونس لم يزد على قوله ما نصّه قال مالك: إذا قال الزوج كان بها الجذام قديماً وقال الأب بل روجتها صحيحة فالأب مصدق. ابن المواز مع يمينه هذا لفظه من ديوانه، وأبو

القاسم (قال الشارح: هل يريد بالبيّنة إقامة شهادة بأن العيب بها قديم، أو حادث، أو شهادة أهل المعرفة بأنه قديم أقدم من أمد العقد، أو حادث بعد العقد، أو محتمل كالشهادة في الرقيق وفي الدواب هذا مما يحتمل ولم أر فيه شيئاً اهـ وقوله والقول بعد أي بعد البناء

الحسن نقل المسألة ولم يعرج على قيد ابن رشد أصلاً، وقد تبين أن كلام الإمام وابن القاسم مطلق لا قيد فيه، وابن رشد قيد واستدل بمسألة البيع والباطع مصلق في حدوث العيب وهو قول المختصر والقول للبائع في العيب أو قدمه وظاهره قبض المشتري المبيع أولاً وهو كذلك كما هو مبين في محله، فيظهر أن القول للاب ولو قبل الدخول، وهاتان أمور تمكر على التقيد، الأول: قولهم قبل البناء القول للزوج وعلى الأب البيّنة أي بنفي العيب كيف تكتب هذه البيّنة وهي على النفي المطلق هل يشهدون أننا لا نعلم بها عيباً قبل العقد أو يجوزون بذلك من أن العيب إذا كان بفرجها كيف يشهد على ذلك والجناب قد يكون في محل العورة وكذا البرص وهذا ضعيف وصعب. والثاني: صاحب السماع على تصديق الأب بقوله إن الزوج اتسمت إلخ وهذا يدل على تصديقه مطلقاً. الثالث: أن القول للمدعى عليه لا للمدعي وإلا بطلت هذه القاعدة والأب مدعى عليه لأنهما اتفقا على وجود العيب، والأب قال له شهر والزوج قال بل له شهران، وقد قال ابن عرفة: من ادعى وجود كائن فهو المدعي لأن الأصل في الكائنات هو العدم، والزوج قال حدث في الشهر الأول، والأب يقول لم يحدث فيه، ومن قال لم يكن فهو للمدعى عليه، ومن اعترض هذا القول بأن المدعى عليه هو الثاني ردّ عليه وبيننا ذلك في محله، وإنما سلم أن القول للاب بعد الدخول لأن الدخول يلزم الزوج الصداق به ويريد دفعه بقوله عيب الزوجة قديم، بل نقول وقبل البناء لعله ندم فريد دفع نصف الصداق عن نفسه بدعواه إن العيب قديم، وقد ذكروا أن من لاعن زوجته قبل البناء عليه نصف الصداق، وعلّوه باحتماله أنه قصد بالقلب إسقاط نصف الصداق انظره في كتاب اللعان، وكذا في المطلق عليه بالعجز عن الصداق قبل البناء كما في المختصر ولا سيما العيوب في البيوع يردّ بجمعها وفي النكاح بأمور مخصوصة، بل أبو حنيفة لا تردّ الزوجة بالجناب ونحوه مطلقاً، وأيضاً النكاح مبني على الكرامة والزوج قادر على الطلاق فيخف الأمر في هذا، ويهذا فرقوا بين لغو العيب الحادث بالزوجة بعد العقد بخلاف الزوج، وهذا دليل لانحطاط هذا الباب عن عيوب البيوع، وقد ظهر أن المعتمد هو إطلاق المختصر تبعاً لإطلاق الإمام، وابن القاسم ومن تبعهم في هذا الإطلاق كابن فتحون الذي قال بخلاف القيد المذكور والقيد انفرد به ابن رشد بليل أن من بعده نقله عنه فقط، وكم من قيود نفذت وقد صدرت من الفحول، وانظر شرحنا فقد تركنا منه شيئاً يدل للمختصر في الجملة، وإن كان الخطأ يظهر منه شبه اعتراض على المتن بتركه هذا القيد تأمله منصفاً لا متعسفاً والله حسيب من لم ينصف. قوله: (قال الشارح هل يريد بالبيّنة إلخ) كلام أبي الحسن على المدونة بفيد النافي فإنه قال بعد قول ابن يونس قال مالك: إذا قال الزوج كان بها الجناب قديماً وقال الأب زوجته صالحة فالأب مصدق. ابن الموار مع يمينه ما نصّه الشيخ، وهذا إذا أشكل على أهل المعرفة هل هو قديم أو حادث اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما تردّد فيه ابن النازم مع قوله ولم أر فيه شيئاً ص):

بدليل قوله قبل الابتنا ولفظ الأب أي أبي الزوجة يقرأ بنقل حركة الهمزة للساكن قبلها والإشارة في قوله إذ ذلك لكون الاختلاف بعد البناء.

كذا برد ذي انتساب الغيا لغية أو مسترقا قضيا

يعني كما يقضي للزوجة بحدوث عيها المتنازع فيه بعد البناء كذلك يقضي لها برد الزوج إذا تزوجته على أنه ذو نسب فوجدته لا نسب له أي ولد رنا وهو قوله لغية أي لزنية وهو بفتح الغين المعجمة وتشديد الياء من الغني وحكى بعض اللغويين كسر الغين، أو تزوجته وهي حرة على أنه حر فوجدته عبدا، أو فيه شائبة رق فلها الخيار في رده والرضا به في الزوجين، وكذلك عكس المسالتين تزوج امرأة على أنها ذات نسب فوجدتها بنت رنا فهو مخير أيضا، كذلك من تزوج امرأة على أنها حرة فوجدتها أمة أما مسألة وجود أحد الزوجين ولد رنا ففي المقرب في وجود المرأة بنت رنا أن مالكا سئل عن رجل تزوج امرأة فأصابها لزنية فقال إن كانوا زوجها منه على النسب فأرى له الخيار وإن كانوا لم يزوها منه على نسب، فلا خيار له قال ابن القاسم: وأرى لها المهر عليه إن دخل بها ويكون ذلك على من عقدها إلا أن لا يكون غرة منها أحد وهي التي غرت من نفسها فيكون ذلك عليها هـ وفيه أيضا: في وجود الرجل ابن رنا، وكذلك من تزوجت على نسب ففرها فهي بالخيار قلت: فإن كان الرجل لغية وتزوجها على النسب وعلمت فقال لها أن تردّه إن كانت إنما تزوجته على نسب ا. هـ، وأما وجود الزوج عبدا ففي العتبية من سماع عيسى من ابن القاسم سئل عن الرجل يتزوج الحرة على أنه حر فإذا هو عبد هل يكون لها الخيار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان؟ وهل يفوض إليها السلطان إذا رفع ذلك إليه أمرها إلى نفسها فتطلق ما شاءت؟ قال: أما الذي غر من نفسه فلامراته أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان فما طلقت به نفسها جاز عليها قال ابن رشد يريد إنها إن فعلت جاز ذلك لها إن كان الزوج مقرا بأنه غرها. وفي العتبية: وسئل ابن القاسم عن مكاتب تزوج حرة فكانت معه سنين، ثم ادّعت أنه غرها من نفسه ورعمت أنها لم تعلم حين نكحته أنه مكاتب قال ابن القاسم: أرى أن تحلف أنها لم تعلم ويكون لها الخيار ومن العبيد من يكون في تجارته ومنظره حال الحر وهي امرأة في خلدتها لم تعلم فالقول قولها مع يمينها إن ادّعى عليها أنها علمت حتى يعلم أنها قد علمت ا. هـ، وأما وجود الزوجة أمة فقال ابن الحاجب: وفيها

(كذا برد ذي انتساب الغيا لغية أو مسترقا قضيا)

حاصل البيت أنه إذا تزوجها على أنها نسيبة فوجدتها لزنا فله الخيار وكذا عكسه وكذا إن غرته بالحرية أو غيرها، ولكن انظر هذا عند قول المتن والأ تزويج الحر إلخ، وعند قوله وبغيرها إن شرط السلامة إلخ في الشرح، غير أن رد الزوجة الزوج بكونه ولد رنا إنما رأيته في كلام ابن الناظم.

في الأمة تغرّ بالحرية الأقلّ من صدق المثل والمسمى التوضيح والحكم بالأقلّ إنّما هو إذا لم يسكها، وأمّا إذا أمسكها فالمسمى ذكره في الجواهر وفي المواق عن المدونة: من تزوّج أمة أخبرته أنّها حرة، ثم علم بعد أن بنى بها أنّها أمة أذن السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها فلها المسمى إلا أن يزيد على صدق المثل فتدّ ما زاد ابن يونس: بيانه أنّ لها الأقلّ من المسمى، أو صدق المثل وله أن يثبت على نكاحها اهـ ولغة يتعلق بالفاء وهو في محلّ المفعول الثاني لالفاء بمعنى وجد ومسترقاً معطوف على محلّ لغية

فصل في الإيلاء والظهار

ومن لوطه يسمين منعه لزوجة فوق شهر أربعه
فذلك المولي وتأجيل وجب له إلى فيئته لما اجتنب

(ابن عرفة): الإيلاء حلف على ترك وطه زوجته بموجب خيارها في طلاقه. الرّصاع: كذا قال الشيخ، ثم اعترض على ابن الحاجب رسمه في قوله: الحلف يمين يتضمن ترك وطه الزوجة غير المرضع أكثر من أربعة أشهر يلزم الحنث فيها حكماً. فقوله: الحلف إلخ. الإيلاء في اللغة هو اليمين مطلقاً وقيل هو الامتناع، ثم استعمل في امتناع خاص، وكان الشيخ ابن الحاجب فهم أنّ الإيلاء اللّغوي استعمل شرعاً في بعض مدلوله بنقل، أو تخصيص. وقوله: يتضمن أشار به إلى التضمن اللّغوي الذي يعمّ الدلالات الثلاث. وقوله: ترك وطه الزوجة خرج به إذا حلف على غير ترك الوطه وزاد غير المرضع ليخرج به صورة الرّصاع فإنّه لم يرد ضرراً على قول مالك وأكثر من أربعة أشهر أخرج به ما إذا حلف على أربعة فما دونها. وقوله: يلزم الحنث فيها حكماً أخرج به إن وطنتك فعلي أن أمشي إلى السوق، أو غير ذلك ممّا لا يلزم شرعاً ثم ذكر وجه بحث ابن عرفة مع ابن الحاجب وأطال في ذلك فراجع إن شئت، ثم قال الرّصاع في حدّ ابن عرفة المتقدم: قوله بموجب خيارها في طلاقه أخرج به ما إذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهر فأقلّ فإنّه لا خيار لها في ذلك والله أعلم. ابن الحاجب: وشرط المولي أن يكون زوجاً مسلماً مكلفاً يتصور وقاعه وقال أصبغ: يصحّ إيلاء الحصري والمحبوب ويصحّ من الحر والعبد والصحيح والمرضى اهـ وإلى حدّ الإيلاء وبعض أحكامه أشار النّاظم باليتين ويأتي الكلام على حدّ الظّهار إن شاء الله يعني أنّ من حلف على ترك وطه زوجته أكثر من أربعة أشهر فهو مول،

فصل في الإيلاء والظهار

(ومن لوطه يسمين منعه لزوجة فوق شهر أربعه)

اليتين. قوله: (ابن عرفة إلخ) انظر كلامنا في الشرح على ما يتعلق بهذه من وجوه شتى

وهذا إن كان حراً. وأمّا العبد فبأكثر من شهرين والحكم أنّه إذا وقع ذلك يؤجّل الزّوج كما يأتي فإن فاء أي رجع لما حلف على تركه وهو الوطء (ووطئ داخل الأجل) انحلّ عنه الإيلاء وكثر عن يمينه إن كانت ممّا تكفر، وإن انقضى الأجل ولم يفى وقفه القاضي فإمّا فاء وإلا طلق عليه. قال التّيتي: وإذا أكل حرٌّ من امرأته أربعة أشهر فدون، أو عبد شهرين فدون، فلا حكم له، فإن زاد إيلاء الحرّ أو العبد على ما ذكرناه، أو كان مبهمًا لم يؤقّته بمدة، أو قد مضى له نحو ذلك فالزّوجة مخيرة بين الصبر عليه أو طلب الواجب لها في الفسقة، أو الطلاق، وهذا إذا لم يمنع من الوطء مانعٌ أهـ وفي المختصر أكثر من أربعة أشهر، (أو شهرين للعبد).

(وأجل الإيلاء) من يوم الحلف وحادثٌ من يوم رفعه اتف

يعني أنّ في ابتداء ضرب الأجل للمولي تفصيلاً وهو أنّه إن كانت يمينه على برّ كلا وطئت فابتداء الأجل له من يوم الحلف. وإن كانت على حثّ قال في التّوضيح: كما لو قال: إن لم أدخل الدّار فأنّت طالق فابتدأه من يوم الرّفْع والحكم التّوضيح: وحاصله أنّ المولي حقيقة أجله من يوم اليمين، وأمّا من الحقّ به فأجله من يوم الرّفْع، وهذا هو المشهور، وقيل: إنّ أجله من يوم اليمين كالأول ابن الحاجب: ويلحق بالمولي من منع منها لشكّ التّوضيح: أي كلّ من كانت يمينه على حثّ كما لو قال: إن لم أدخل الدّار فأنّت طالق. وقد تقدّم هذا عند قوله في الطلاق: وإن كان فيما يمكن دعوى تحقيقه إلخ هكذا كان شيخنا يقرّر هذا المحلّ وهو الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر، ومثّل ابن راشد من منع منها الشكّ بما إذا قال لامراتيه: «إحدكما طالق وقال: نويت واحدة معينة ونسيت عينها فإنّه يوقف رجاء أن يتذكّر فلو طال وقامت عليه فكمالي. ، ثمّ قال ابن الحاجب عاطفاً على الملحق بالمولي: ومن امتنع من الوطء لغير علّة وعرف منه حاضراً، أو مسافراً التّوضيح: أي عرف منه أنّه يمتنع لعلّة، ، ثمّ قال: وما ذكره المصنّف مرويٌّ عن مالكٍ (لكنّه

وفيه طول فلذلك تركنا الثقل هنا. قوله: (ووطئ داخل الأجل) أي وكذلك بعينه حتى يوقف عند تمام الأجل. قول: (أو شهرين للعبد) أي أكثر من شهرين كما هو معلوم إذ أكثر من شهرين هو الراجح.

قوله: (وأجل الإيلاء) إلى آخر البيت. وحاصل ما ذكره الناس في هذا الأجل من حيث مبدؤه أن كل من حلف على ترك الوطء صراحة أكثر من أربعة أشهر أو أطلق كذا مع الاحتمال على المذهب فالأجل من يمينه، ومن حلف لحثّ فأجله من الرّفْع والحكم، والمراد أن الأجل من يوم الحكم بعد ثبوت ما يترتب عليه الحكم، هذا الذي حصلناه من كلام الناس بعد تتبعه غاية فافهمه الاحتمال كقوله: والله لا أطوك حتى يموت زيد مثلاً أو يقدم، من أراد أن يحيط بالمسألة ويعلم ما ذكر فلينظر كلام الفحول في الشرح عند قول المختصر: والأجل من اليمين إلخ. قوله:

خلاف على المشهور) فإن المشهور وهو مذهب المدونة أن لها أن تقوم بالفراق فإذا تبين ضرره طلقت عليه من غير ضرب أجل، ثم قال ابن الحاجب عاطفاً على ما ذكر: ومن احتملت مدة يمينه أقل التوضيح: كما لو قال: «والله لا وطئتك حتى يموت زيد» ونحو ذلك، قاله في المدونة ابن الحاجب إلا أن أجلهم من يوم الرفع والأول من يوم الحلف التوضيح: الضمير من أجلهم عائد على من ألحق بالمولي. وقوله: والأول من يوم الحلف أي من حلف على ترك الوطء. وعلى ما قال ابن الحاجب بإسقاط من امتنع من الوطء لغير علة لكونه يطلق عليه بلا ضرب أجل، وعلى المشهور ذهب الشيخ خليل حيث قال: والأجل من اليمين إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطء لا إن احتملت مدة يمينه أقل، أو حلف على حث فمن الرقع والحكم.

ويقع الطلاق حيث لا يفي إلا على ذي العذر في التخلف

يعني أنه إذا انقضى أجل المولي ولم يفي أي لم يطأ فإن الطلاق يقع عليه إلا إذا كان له عذر كالمرض والمسجون والغائب فلا تطلق بنفس انقضاء الأجل بل يمهل حتى يمكنه ذلك، فإن أمكنه ولم يفعل طلقت عليه ابن الحاجب: وللزوجة المطالبة إذا مضت أربعة أشهر فيأمر الحاكم بالفية أو الطلاق، فإن أبى طلق عليه التوضيح إذا وقف المولي فله حالتان الأولى: أن يقول: لا أطأ والحكم فيها أن يطلق عليه من غير تلوم. والثانية: أن يقول: أطأ فهذا يتلوم له فيها ويختبر مرة فإن تبين كذبه طلق عليه. والفية تغيب الحشفة في القبل في الثيب وانقضاء البكر طائفاً عاقلاً قاله ابن الحاجب ثم قال ابن الحاجب: (وإن كان مريضاً) أو مجنوناً أو غائباً فتكفر اليمين على المشهور إن كانت مما تكفر قبل الحنث كاليمين بالله أو تعجيل الحنث كعتق العبد أو إبانة الزوجة المحلوف بهما، فإن أبوا طلق عليهم، وإن كانت مما لا تكفر قبله كصوم لم يأت أو يمين لا ينفع فيه تعجيل الطلاق كطلاق فيه رجعة فيها أو في غيرها فالفية الوعد. ويبحث إلى الغائب ولو على شهرين مسيراً وقال سحنون: الأكثر أن الوعد كافٍ إلى أن يمكنهم الوطء، فإن لم يطئوا طلق عليهم اهـ انظر التوضيح.

وعاداً للوطء للنساء - ليس له كالشيخ من إيلاء

(لكنه خلاف المشهور إلخ) المشهور هو الذي به العمل كما في أنقال ابن عرفة وما نسبته للمدونة هو في إيلائها.

قوله: (وإن كان مريضاً إلخ) لم يذكر الحيض في هذه الأمور وذلك صحيح، إذ التفصيل المذكور لا يكون في الحيض لأن الحائض الفية فيها هو الوعد مطلقاً والحيض رواه قريب، وبيننا ذلك في الشرح، ومن أدخل الحيض في هذا كالسنيوري ومن تبعه لم يصب، قف على بيان ذلك إن شئت.

يعني أنّ العاجز عن الوطء كالشيخ العاجز عن الجماع لا إيلاء له، ودخل تحت الكاف الحصري والمجبوب ومن قطع ذكره قال في المقرّب: قلت له: أرايت الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع إذا ألى من امرأته أبوقف بعد الأربعة أشهر؟ قال: لا، وإنما الإيلاء على من يستطيع الفتيّة بالجماع وكذلك الحصري الذي لا يطأ ومثلهما الذي يولي من امرأته ثمّ يقطع ذكره فليس على واحد منهم توقيف اهـ وفي ابن الحاجب في عدّ شروط المولي أن يكون يتصور وقاعه وقال أصبغ يصحّ إيلاء الحصري والمجبوب (التوضيح: لأنّ للزوجة منفعة) فيما ألى عنه من المضاجعة والمباشرة ولذلك تزوّجته، فإذا قطع عنها ذلك وجب أن توقّفه. قال: وأما إذا أقعده الكبير إلّا أن يكون فيه تحرك فيقطعه عنها اهـ.

وأجل المولي شهور أربعه واشترك التارك للوطء معه
في ذاك حيث الترك قصد للضرر من بعد زجر حاكم وما اردجر
بعد تلوم وفي الظهار لمن أبى التكفير ذاك جار
وأجل المظاهر المائسور من يوم رفعه هو المشهور
من بعد أن يؤمر بالتكفير وهي على الترتيب لا التخخير

اشتملت الآيات على خمس مسائل: الأولى: أنّ من حلف على ترك وطء أكثر من أربعة أشهر وهو المسمى بالمولي فتأته يضرب له أجل أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية فهذا تفسير لقوله: «وتأجيل» وجب له إلى فيشته لما اجتنب «وهذا للحر» أما للعبد فأجل إيلائه شهران كما يأتي للمؤلف. الثانية: من امتنع من الوطء من غير يمين بل لقصد الضرر بالزوجة فترفع أمرها إلى السلطان فيزجره عن فعله فإذا لم يتزجر تلوم له ثمّ ضرب له أجل المولي وإلى هذا أشار بقوله: «واشترك التارك للوطء معه أي مع المولي في ذلك هو التأجيل أربعة أشهر وإلى هذا أشار ابن الحاجب بقوله: ويلحق بالمولي من منع منها الشكّ ومن امتنع من الوطء لغیر علة إلخ فذهب النّاظم على هذا القول وأنه يلحق بالمولي ويضرب له الأجل ولكن بعد التلوم وقد تقدم أن هذا خلاف المشهور وأن المشهور هو يذهب المدونة وأنها تطلق عليه بعد

قوله: (التوضيح: لأنّ للزوجة منفعة إلخ) هذا فيه نظر لأن الإيلاء هو الحلف على ترك الوطء كما في عبارة ابن عرفة في الرسم وخليل وغيرهما، وهذا لا يتصور منه الوطء فكيف يكون مولى؟ وإنما يقال في هذا يطلق عليه بالضرر، وليس الطلاق محصوراً في الإيلاء فافهم. نعم إن كان أصبغ يقول بخلاف ما ذكر في الإيلاء من أنه هو الحلف على ترك الوطء فيقرب ولكن لا أظنه يصح والعلم عند الله تعالى.

التلوم من غير ضرب. قال في المدونة: قال مالك: ومن ترك وطء زوجته من غير عذر ولا إيلاء لم يترك إمّا وطئاً أو طلق يريد (ويتلوم له) بمقدار أجل الإيلاء أو أكثر اهـ. الثالثة: المظاهر من زوجته إذا امتنع من التكفير فإنه يدخل عليه الإيلاء وتطلق عليه بعد أجله وذلك أربعة أشهر للحرة وشهران للعبد، وإلى هذا أشار بقوله: وفي الظهار لمن أبى التكفير ذاك جار والإشارة بذاك للتأجيل ومن المقرب: قلت: هل يدخل الإيلاء على الظهار؟ قال: نعم إذا كان يقدر على الكفارة فلم يكفر ومضت أربعة أشهر أو أكثر وقف إمّا أن يكفر وإمّا طلقت عليه إذا طلبت زوجته ذلك لأنه في ترك الكفارة وهو يقدر عليها مضارب بها وهو قول مالك. الرابعة: اختلف في ابتداء أجل الإيلاء للمظاهر هل هو من يوم رفعها للحاكم؟ وهو لما لك وهو المشهور على ما قال الناطم، أو من يوم اليمين وهو في المواربة وعليه اختصر البرادعي وغيره المدونة: وفي المسألة قول ثالث أن الأجل من يوم تبين ضرره وقيل وهو مذهب المدونة، وقد حكى هذه الثلاثة صاحب المختصر (حيث قال: وهل المظاهر) إن قدر على التكفير وامتنع كالأول وعليه اختصرت أو كالثاني وهو الأرجح أو من تبين الضرر وعليه تنوّلت أقوال. الخامسة: أن كفارة الظهار على الترتيب لا على التخيير لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣] الآية التوضيح: لا خلاف في ترتبها وأن العتق أولاً ثم الصيام ثم الإطعام فقوله: في ذاك أي التأجيل ومن بعد زجر حاكم وبعد تلوم يتعلقان بمحذوف حال من قوله ذاك أي يشترك التارك للوطء مع المولي في التأجيل كائناً أو حالة كونه أي التأجيل بعد شيتين بعد زجر حاكم وبعد تلوم.

كذلك أيضاً ما له ظهار من لا على الوطء له اقتلدر

قوله: كذلك البيت هو راجع لقوله: وعادم للوطء للنساء البيت يعني كما أن الشيخ ومن يشبهه ممن لا قدرة له على الوطء لا يدخل عليه الإيلاء فكذلك الظهار لا يصح منه. وهو قول سحنون وقيل: يصح. وبه صدر ابن الحاجب فقال: ويصح ظهار العاجز عن الوطء لما فيه أو فيها كالمجبوب والرتقاء. وقال سحنون لا يصح اهـ (فكان الناطم ذهب

قوله: (ويتلوم له الخ) وقول المختصر بلا أجل أي أجل الإيلاء بخصوصه وهو أربعة أشهر هذا الذي نفاه لا مطلق الأجل. قوله: (حيث قال وهل المظاهر الخ) الظاهر أن الأجل في هذا من يوم الرفع والحكم جرياً على المشهور كما قاله ابن يونس لأنه لم يحلف هل ترك الوطء صراحة أكثر من أربعة أشهر؟ وعليه فيكون قول المختصر إن كانت يمينه الخ تدخلها لهذه الصورة وإن أتبع ذلك بذكر الخلاف، والدليل على عدم الصراحة في هذا اختلاف الناس في مبدأ الأجل فافهم.

قوله: (فكان الناطم ذهب على قول سحنون الخ) هذا قال فيه صاحب المختصر وصح أي

على قول سحنون) والله أعلم.

وإن يكن مظاهراً أو مـولي عبداً يؤجل نصف ذا التأجيل
ثم الطلاق في انقضاء الأجل بعد تقضي الموجبات الأولى

يعني إذا كان المظاهر الذي امتنع من التكفير ودخل عليه الإيلاء عبداً أو كان المولي من أول وهلة عبداً فإن كل واحد منهما يؤجل نصف هذا التأجيل الذي تقدم في قوله: وأجل المولي شهرين وأربعة ونصفه هو شهران فإذا انقضت الشهران ولم ينفى طلق عليه لكن بعد ثبوت الزوجية والظهار والامتناع من التكفير والإيلاء والإبابة من الفیئة وإلى ثبوت هذه الأشياء أشار بقوله: بعد تقضي الموجبات الأولى فالبيت الأول من هذين نظير قوله في تأجيل الحر: وأجل المولي شهرين وأربعة. والثاني نظير قوله في التطليق على الحر بعد الأجل: ويقع الطلاق حيث لا يفي البيت. وقوله هنا: في انقضاء الأجل في: بمعنى مع، فهي للمصاحبة نحو ادخلوا في أمم أي معهم. فرع: إن كان أحد الزوجين رقيقاً فإن كان الزوج حراً ضرب له أربعة أشهر وإن كانت الزوجة أمه، وإن كان الزوج عبداً فشهران وإن كانت الزوجة حرة؛ لأن هذا من باب الطلاق وهو معتبر بالرجال بخلاف العدة فإنها معتبرة بالنساء.

وملك الرجعة فيما أصدرا من فاء في العدة أو من كـفرا

يعني أن المولي إذا طلق عليه بعد انقضاء الأجل وامتناعه من الفیئة ثم راجع الزوجة في عدة الطلاق المذكور وفاء أي وطئ في العدة أيضاً فإن رجعته تصح وتم. وبالتمام عبر ابن الحاجب والشيخ خليل وكذلك المظاهر إذا امتنع من التكفير مع القدرة عليه ودخل الإيلاء فطلق عليه ثم راجع الزوجة في العدة وكفر عن ظهاره كفارة الظهار المعلومة وذلك في العدة أيضاً فإن رجعته تتم عليه أيضاً. وكذلك المولي إذا كانت يمينه عما تكفر قبل الحنث كاليمين بالله مثلاً ثم طلق عليه ثم كفر عن يمينه في العدة وراجع فإن رجعته تتم وسواء والله أعلم راجع كل منهما ثم كفر أو كفر ثم راجع بخلاف الفیئة إنما تكون بعد المراجعة لأنها مطلقة لا يجوز الاستمتاع بها بغير الوطء إلا بعد المراجعة فضلاً عن الوطء، لكن

الظهار من رجعية ثم قال ورتقاء، ثم قال: وفي صحته من كمجبوب تأويلان، فجزم بأن الرتقاء يصح منها الظهار، ونقل في المجبوب تأويلين والراجع من ذلك في المجبوب وهو صحة ظهاره وبيننا ذلك في الشرح، ويدل له من كلام المختصر: وحرم قبلها الاستمتاع أي الكفارة، وكان من حق هذا الشارح التنبيه على هذا، فما في النظم مرجوح ومقابل هو الراجع ص: وإن يكن مظاهر أو مولي عبداً، إلى آخر البيتين. انظر مسألة العبد عند قول المثل كالعبد لا يريد الفیئة يقف على التحقيق إن شاء الله تعالى، وإنما لم أنقل ذلك هنا لأن هذا الشارح لم يتناول له هنا.

رجعته متوقفة على الفية إن فاه صحت رجعتة وإلا فلا، فقوله: من فاه من العدة هو خاص بالمولي إذا كانت يمينه بطلاق ونحوه، وقوله: أو من كفرأ يصح رجوعه للمولي إذا كانت يمينه بالله وللمظاهر، والله أعلم.

فائدة: قال في التوضيح: اعلم (أن كل طلاق) يوقعه الحاكم فإنه بائن إلا طلاقين طلاق المولي وطلاق المعسر بالثقة، (ثم الرجعة في المولي) مشترطة بانحلال اليمين في العدة لأنها إنما طلقت عليه للضرر اللاحق لها بترك الجماع بسبب اليمين فلو عادت إليه بدون الانحلال ل بقي ذلك الضرر على حاله. اهـ ولأجل اشتراط انحلال اليمين في صحة الرجعة قال المؤلف: من فاه في العدة أو من كفرأ وإنما يكون طلاق المولي رجعيًا إذا كان بعد البناء، أما إن كان قبله فبائن صرح به غير واحد منهم ابن الحاجب حيث قال آخر الإيلاء: ولا رجعة في غير المدخول بها اهـ.

فصل في اللعان

(ابن عرفة: اللعان) حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللارم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدًا بحكم قاضي الرصاص وقوله: أو نفي حملها يصدق بنفي الحمل والولد لأن من نفى حملًا فقد نفى الولد وكذلك العكس، وقوله: اللارم له أخرج به الحمل غير اللارم له فإنه لا لعان فيه كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، وكذلك إذا كان الزوج خصيًا أو مجنونًا أو غير ذلك، ويدخل ما إذا وضعت وسكت فإنه لارم له. وقوله: وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدًا أخرج به ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدًا كما إذا غصبت فأنكر ولدها وثبت الغصب فلا لعان عليها وإنما اللعان عليه وحده، وهذه الصورة ترد على ابن الحاجب لأنه صير اللعان يلزمه يمينان، وزيادة الشيخ تخرج هذه الصورة وأن حلفهما معًا مشروط بكون نكولها يوجب حدًا، وقوله: بحكم قاضي أخرج به لعان الزوجة والزوج من غير حكم فإنه ليس بلعان شرعي ويخرج به السكوت على وضع الولد فلا يرد على الشيخ حلفهما مرة واحدة راجع ابن عرفة لأن القاضي لا يحكم بذلك فليس بلعان شرعي اهـ. ومعنى قول الرصاص:

قوله: (أن كل طلاق إلخ) هذا هو قول المختصر وطلاق حكم به إلا الإيلاء أو عسر بثقة في فصل الخلع. قوله: (ثم الرجعة في المولي إلخ) هذا هو قول المختصر وتتم رجعتة إن انحل وإلا ألغيت، وقد كتبنا عليه كلامًا حقيقًا بالاطلاع فلينظره من أراه.

فصل في اللعان

قوله: (ابن عرفة: اللعان إلخ) تتبع مسائل هذا الرسم يطول فانظره في الشرح إن شئت فإن

ويخرج به السكوت إلخ أن من وضعت زوجته وسكت ولم ينه ثم أراد نفيه باللعان فإنه لا يلاع. وتخرج هذه الصورة من قوله في الحد: بحكم قاضٍ لأن القاضي لا يحكم باللعان بعد السكوت على الوضع، وكذا قوله في الحد: حلف الزوج وحلف الزوجة يصدق بما إذا حلف على ما ذكر بيننا واحدة وحلفت هي على تكذيبه مبيتاً واحدة أيضاً فأخرج ذلك بقوله: بحكم قاضٍ لأنه لا يحكم باللعان إلا على الوجه المشروع فيه والله أعلم.

وإنما للزوج أن يلتصقنا لنفي حملٍ أو لرؤية الزنا
مع ادعاءاته للاستبراء وحیضة يئنة الإجزاء

يعني أن الزوج إنما يلاعن زوجته لأحد وجهين: إما لنفي حملٍ يظهر بها فينكره ويدعي أنه ليس منه، وإما لكونه رآها تزني كالمرود في المكحلة، وإنما يلاعن لنفي حملٍ ظهر بها إذا اعتمد على استبراءها بحيضة فأكثر يعني أو بغير ذلك كما سيأتي، ويكفي في هذا الاستبراء حيضة واحدة، وفهم من قوله: وإنما للزوج أن يلتصقنا أن السيد لا يلاعن أمته وهو كذلك (ويشترط في الملاعن شروط) ابن الحاجب: وشرط الملاعن أن يكون زوجاً مثلاً مكلاً فيلاعن الحر الحرّة والأمة والكتيبة وكذلك العبد فيهن^١ هـ. وما ذكره من أنه يعتمد في نفي الحمل على الاستبراء هو المشهور قاله عياض وقيل لا يعتمد على ذلك، وكذلك اختلف (هل يعتمد في نفي الحمل) على الرؤية وحدها ثم يظهر حمل أم لا؟ وكذلك اختلف هل يعتمد عليهما معاً أعني الاستبراء والرؤية كما إذا استبرأها من وطئه ثم رآها بعد ذلك تزني ثم ظهر حملٌ والمشهور اعتماده على الاستبراء وحده كما ذكر المؤلف وأخرى مع الرؤية وأما الرؤية وحدها فلا يعتمد عليها في نفي الحمل (على المشهور). التوضيح: والأظهر أنه لا يعتمد على أحدهما بل ولا عليهما لأنه إذا كانت الحامل تحيض يصح له النفي. والقول باعتماده على الرؤية أضعف لأن الحيض علامة ظنية على براءة الرحم بخلاف رؤيته فإنه لا يدل على نفي الحمل البتة^٢ هـ وقال قبله يليه يعتمد في نفي

فيه كلاماً طويلاً. ص: وإنما للزوج أن يلتصقنا. إلى آخر الآيات الأربعة. قوله: (ويشترط في الملاعن إلخ) أي والسيد لا يلاعن حرّاً كان أو عبداً، كانت أمته أم ولد أم لا كما في الكافي.

قوله: (هل يعتمد في نفي الحمل) أطال الناس الكلام في هذا، ولكن قال ابن رشد في بيانه بعد كلام في اللعان ما نصّه: وتحصيل هذه المسألة أن اللعان على ستة أوجه: ثلاثة منها متفق عليها وثلاثة مختلف فيها، فالمتفق عليها أن ينفي حملاً لم يكن مقرّاً به ويدعي الاستبراء، وأن يدعي رؤية لا ميسس بعدها في غير ظاهرة الحمل، وأن ينكر الوطء فيقول ما وطئتها قط، أو منذ وضعت، أو منذ مدة، مما لا تلحق بمثله الإنسان، والمختلف فيها أن يقذف زوجته ولا يدعي رؤية، وأن يدعي رؤية لا ميسس بعدها في حامل بينة الحمل إلخ، وهذا منه بلفظه، وما مر عليه صاحب المختصر في هذا معروف في كتابه وشروحه فلا نطيل به. قوله: (على المشهور إلخ)

الولد أو الحمل على ثلاثة أشياء واختلف في رابع ومعنى اعتماده أنه يجوز له في الشرع أن ينفي الولد بذلك، الأول: إذا لم يطأها بعد وضع يعني وقد طال ما بين الوضعين بحيث لا يكون الولد الثاني من بقية الأول، الثاني: أن يكون وطئها بعد الوضع ولكن بين هذا الحمل والإصابة مدة لا يتأتى فيها ولد إما لقلة الزمان كخمس أشهر ونحوها وإما لكثرة كخمس سنين فأكثر، الثالث: إذا استبرأها من وطئه ثم رآها بعد ذلك تزني فيعتمد على ذلك على المشهور وحكى ابن شاس وغيره عن السيوري أنه ليس له نفيه بهما قال. وحكى الداودي عن المغيرة مثله، ثم ذكر ما تقدم من الخلاف في الاعتماد على أحدهما فقط أي الاستبراء والرؤية وهو الوجه الرابع وما ذكره المؤلف من الاكتفاء في الاستبراء بحیضة هو المشهور ابن الحاجب: والاستبراء بحیضة وقيل بثلاث التوضيح: صرح الباجي وجماعة بمشهورية الأول، والقول بالثلاث للمغيرة روي أيضاً عن مالك وقال ابن الماجشون إن كانت أمة فحيضة وإن كانت حرة فثلاث. (ثم قال: فائدة) ليس عندنا حرة تستبرأ بحیضة إلا هنا وليس لنا أمة تستبرأ بثلاث إلا على قول المغيرة هنا وفيمن ادعى سيدها وطأها فأنت بولد فنفاه وادعى أنه كان استبرأها هـ. قوله: ليس عندنا حرة تستبرأ بحیضة إلا هنا قيل إن هذه غفلة لأن المرأة إذا ارتدت أو زنت ولها زوج فلا تقتل ولا تحسد إلا بعد حیضة خوف كونها حاملاً. وفي ذلك يقول بعض شيوخنا:

تستبرأ الحرة مثل الأمة لدى اللعان والزنا والردة

قال الناظم رحمه الله:

ويسجن القاذف حتى يلتعن وإن أبى فالحد حكم يقنن

يعني أن من قذف زوجته فرماها بزناً أو نفى حملها فإنه يلاعن، (فإن امتنع من اللعان سجن) حتى يلتعن، فإن أبى فعليه حد القذف ففي طرر ابن عات: قال الباجي - رحمه

صحيح وأن الحيضة الواحدة كافية في هذا الباب كانت الزوجة حرة أو أمة وهذا عند عدم الرؤية، وأما مع الرؤية فلا إشكال، وتقيد الشارح للمختصر بزيادة الرؤية لا ينفي له ذلك بل المشهور غير مقيد وإن استغرب ابن عبد السلام عدم كفاية الحيضة بلا رؤية، نعم الخلاف في المسألة قوي، ولكن الأقوى والذي عليه الجمهور هو كفايتها وحدها وبيننا هذا في الشرح غاية، والجواب عما أوردوه من أن الحامل تحيض ذكرناه فيه أيضاً فقف عليه إن شئت.

قوله: (ثم قال فائدة إلخ) الاعتراض هنا من هذا الشارح ظاهر بدليل قول صاحب الفائدة في مختصره في الزنا وتوخر المتزوجة لحیضة وفي الردة أعاذنا الله منها واستبرأت بحیضة، ولعل صاحب الفائدة أراد من لم يرد قتلها هاتان تقتلان، ولكن انظر ذلك عند كلامنا على المسالتين في بابهما.

الله - : يجب على الزوج إذا نفى ولده أو ادعى رؤية أن يسجن حتى يلتعن . وفي المقرَّب : قلت له : فإن أبى أحد الزوجين أن يلتعن فقال : إن كان الرجل أقيم عليه حد القذف وإن كانت المرأة أقيم عليها حد الزنا وهو قول مالك .

وما بحمل بشبوهه يقع وقد أتى للملك حتى تضع

يعني أن اللعان إذا كان لنفي الحمل فإنهما يتلاعنان إذا ثبت الحمل إذ ذاك . وقيل : يؤخَّر لعانهما حتى تضع خوف أن ينفسَّ الحمل بعد اللعان قال في المتيطة : وله أن يلاعن وهي حامل (وقد قيل : إنه ليس له أن يلاعنها حتى تضع) . وروي ذلك عن مالك وهو قول ابن الماجشون وأبي حنيفة ويرويه الأثر أن رسول الله ﷺ : (لاعن بين العجلاني و زوجته وهي حامل) ^(٧٤) قال الشارح : هذا القول الأول أسعد بالأثر وهذا القول الثاني أرجح في النظر إلا أن يقال إنَّه مبني على صورة نادرة والصورة النادرة لا تراعى في الأحكام . اهـ

قوله : (فإن امتنع من اللعان سجن إلخ) تأمله مع نقله هل يشهد لتقريره أم لا ؟ والذي في ابن عرفة ما نصه المتيطة إذا ثبتت مقالتهما وزوجتهما سجنه الإمام الباجي اختلف في سجنه فسألت أبا عمر بن عبد الملك فقال يسجن لقول مالك فيهما إنه قاذف فيوعظ الزوج أولاً فإن لم يرجع فيها يبدأ فيشهد أربع شهادات إلخ ، وهذا منه بلفظه ، وضمر فيها عائد على المرمي بالزنا ونفي الحمل كما يفهم من كلام غيره ونقله ، والذي يظهر في هذا هو كلام المقرَّب ، ولذلك صاحب المختصر لم يعرج على السجن أصلاً ، وابن النازم لما نقل ما قاله الباجي قال بعده فتأمل ذلك ، وإلحق في المسألة هو التفصيل ، وذلك إذا خيف من هروب الزوج فالسجن وإلا فلا والعلم عند الله تعالى .

قوله : (وقد قيل إنه ليس له أن يلاعنها حتى تضع إلخ) الذي مرَّ عليه في المختصر هو تعجيل اللعان قبل الوضع حيث قال بلعان فعجل ، وهذا هو الذي يظهر ترجيحه من النظم هنا ومن كلام غيره ممن تكلم على المسألة ، وهذا التعجيل ليس واجباً على الزوج كما ذكره اللخمي ، وهذا أيضاً ما لم تكن حائضاً لقول المختصر في فصل طلاق السنة كاللعان مشبهاً بما لا يعجل ، بخلاف المرض فإنه لا يتأخر معه اللعان كما في التوضيح عن الباجي ، ويرسل الإمام للمريض منها عدولاً ويسقط التغليب بالمكان لأن المرض ليس له حد يعلم . ص : ويبدأ الزوج بالالتعان . إلى آخر الآيات الستة .

(٧٤) [حديث صحيح] : أخرجه البخاري (٤٢٣ ، ٤٧٤٥ ، ٤٧٤٦ ، ٥٢٥٩ ، ٥٣٠٨ ، ٥٣٠٩ ، ٦٨٥٤ ، ٧١٦٥ ، ٧١٦٦ ، ٧٣٠٤) ، ومسلم (١٤٩٢) ، وأبو داود (٢٢٤٥ ، ٢٢٤٧ ، ٢٢٤٨ ، ٢٢٤٩) ، والنسائي (٣٤٦٦) ، وابن ماجه (٢٠٦٦) ، وأحمد في المسند (٣٣٦/٥ ، ٣٣٧) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٤٤٥ ، ١٢٤٤٦ ، ١٢٤٤٧) ، والدارمي في سننه (٢٢٢٩) ، والطبراني في الكبير (٥٦٧٤ ، ٥٦٧٨ ، ٥٦٧٩ ، ٥٦٨٠ ، ٥٦٨١ ، ٥٦٨٢ ، ٥٦٨٤ ، ٥٦٨٥ ، ٥٦٨٧ ، ٥٦٨٨ ، ٥٦٨٩) ، وابن حبان في صحيحه (٤٢٨٤ ، ٤٢٨٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٩/٧ ، ٤٠٠ ، ٤٠١) ، والبيهقي في شرح السنة (٢٣٦٦ ، ٢٣٦٧) .

ابن الحاجب: ومنعه عبد الملك في الحمل لجوار انفشاشه وردّ بأنّ العجلانيّ وغيره لآعن في الحمل لظهوره كإيجاب التّفقة والرّدّ بالعيب التّوضيح: أي كما يقضي للمطلقة بنفقة الحمل إذا ظهر حملها وكما يجب الرّدّ للمشتري إذا اشتري جاريةً وظهر حملها ولا يؤخّر فيها إلى الوضع، ومنع عبد الملك اللّمان قبل الوضع خشية أن ينفشّ ورواه عن مالك والفرق على قوله بين اللّمان وما ذكره أنّ اللّمان ترتّب عليه أمورٌ عظامٌ من فسخ النكاح والحرمة على التأييد ووجوب الحدّ اهـ.

ويبدأ الزوج بالالتّلعان لدفع أربع من الإيمان
إثباتاً أو نفيّاً على ما وجب مخمّساً بلعنة إن كذبا
وتحلف الزّوجة بعد أربعاً لتدراً الحدّ بنفي ما ادّعى
تخميسها بغضبٍ إن صدقاً ثمّ إذا تمّ اللّمان افترقا
ويسقط الحدّ ويتفي الولد ويحرم العود إلى طول الامد
والفسخ من بعد اللّمان ماضٍ دون طلاقٍ ويحكم القاضي

تعرّض في هذه الآيات لصفة اللّمان فأخبر أنّ الزوج هو الذي يبدأ باللّمان قاله ابن الحاجب: وصفته أن يقول أربع مرّات: أشهد بالله. ثمّ قال: (فلو بدأت المرأة باللّمان) فقال ابن القاسم لا يعاد. وقال أشهب يعاد التّوضيح: لا خلاف أنّ الرّجل يبدأ باللّمان وهو

قوله: (فلو بدأت المرأة إلخ) مذهب ابن القاسم في عدم الإعادة لم أقف على من رجحه، وقول أشهب بالإعادة اختاره اللّخمي وابن الكاتب، وقال في المدونة هو المذهب، وابن عبد السلام قال هو الصحيح، وهذا يدل على أن تقديم الزوج واجب كما يشعر به القرآن، وقول ابن القاسم يدل على أن الترتيب المذكور ليس بواجب، وابن ناجي قال في قول أشهب اختاره اللّخمي وغيره، وبه تعلم ما في قول الشامل، فلو بدأت المرأة به لم يعد واختير خلافه، والمصنف أعني خليلاً قال: وفي إعادتها خلاف أي قولان مشهوران، ولم يظهر لنا من شهر قول ابن القاسم الذي يقول بعدم الإعادة، وفي المقيّد ما نصّه: ومن الكافي وإذا تمتعت الزّوجة قبل الزوج ثمّ التعن الزوج ثمّ فرق الإمام بينهما لم تقع الفرقة حتى تعود المرأة فتلتعن بعد الرّجل، ولو فرق الإمام بينهما بعد التعان الزوج وقبل أن تلتعن لم تقع بذلك فرقة لأن اللعان لم يتمّ اهـ. بلفظه. وفي هذا تقوية لقول أشهب أيضاً. والظاهر من كلامهم أنّ على الإعادة لا يتأبّد التحريم إلّا بالتعانها ثانيّاً، وعلى ضده يتأبّد التحريم بالتعان الزوج، وإن كان في البيان لابن رشد التأييد بالتعان الزوج بعد الزّوجة، نعم في تعاليق أبي عمران ما نصّه ابن القاسم إن جهل الإمام قُبِدَ بالمرأة في اللعان ثمّ ماتت إن لم تعد فلا يعاد ويجزئ ويلتعن الزوج إلّا أن يشاء أن ينكل فيرت ويحد هذا لفظه،

الذي دلت عليه الآية ووقع في حديث عويمر، ثم قال: وجعل في البيان منشأ الخلاف هل تقديم الرجل واجب أم لا؟ ١ هـ وقوله: لدفع حدٍّ أشار به إلى بعض ما يترتب على اللعان وهو سقوط حدِّ القذف عن الرجل إن كانت الزوجة حرة مسلمة، ودفع الأدب عنه إن كانت أمة أو كتابية قال في التوضيح: اعلم أنه يترتب على اللعان ستة أحكام: ثلاثة على لعانه وثلاثة على لعانها، فالثلاثة الأول: سقوط الحد عنه ووجوب حدِّ الزنا عليها وقطع النسب، والثلاثة الآخر: سقوط الحد عنها والفراق وتأييد الحرمة، وقيل في الأخيرين إنهما مرتبان على لعانه. وقوله: أربع من الأيمان إثباتاً أو نفياً على ما وجبا البيت هو بيان لكيفية لعان الزوج، فقله أربع من الأيمان كأنه بدلٌ من الالتماع. ابن الحاجب وصفته أن يقول أربع مرات: أشهد بالله (وقال محمد: يزيد: الذي لا إله إلا هو لرأيها تزني. وقيل: ويصف كالشهود)، وقيل: ويكفي لزنت. وفي نفي الحمل: لزنت، أو ما هذا الحمل مني، ويقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ١ هـ. قال ابن فتحون في الوثائق المجموعة: يحلف الزوج مستقبلاً القبلة قائماً يقول: بالله الذي لا إله إلا هو لزنت فلانة هذه - فيشير إليها - وما هذا الحمل مني أو ما حملها هذا مني. وإن لم ينف حملاً قال: زنت فلانة هذه ولا يزيد على هذا. وقال قومٌ يقول: أشهد بالله ثم يخمس باللعان ثم تخوف المرأة بالله فإن عادت على اليمين حلفت أربع أيمان على ما تقدم لما زنت وأن هذا الحمل منه وتخمس بالغضب، تقول: غضب الله عليها إن كان من الصادقين، أو عليها غضب الله إن كان من الكاذبين. ١ هـ وقوله إثباتاً أو نفياً تقدم أن الإثبات كقوله: لزنت، أو لرأيها تزني. والثني كقوله: ما هذا الحمل مني. قوله: وتحلف الزوجة بعد أربعاً هذا بيانٌ لكيفية لعانها ابن الحاجب وتقول المرأة أربع مرات: أشهد بالله ما رأيي أني إن كان قال لرأيها تزني أو ما زنت، أو لقد كذب في الجميع. وفي نفي الحمل: ما زنت، وإنه لمنه. وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. ويتعين لفظ الشهادة واللعن والغضب بعدها التوضيح: يعني يتعين أن يقول كل واحد منهما: أشهد ولا يجزئ أحلف

ولم يذكر قول أشهب أصلاً، والاقتصار على القول ترجيح له كما هو معلوم، وتقييد ابن رشد هنا المسألة هو في شرح المختصر والظاهر من كلامهم أنه لا يعتبر، انظر الشرح في هذا كله.

قوله: (وقال محمد: يزيد: الذي لا إله إلا هو لرأيها تزني وقيل ويصف كالشهود إلخ) إما زيادة محمد فالذهب هو الزيادة المذكورة انظره عند قول المتن: واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو إلخ، ولا يلتفت لغير هذا باعتبار الترجيح، وقد غلط بعضهم في هذا وقوع نزاع فيه بين الطلبة فانظر الحجة لذلك في المحل المذكور، ولا ينبغي لهذا الشارح صنعه الذي رأيته، وأما قوله وقيل يصف كالشهود أي يقول رأيها تزني كالمرود في المكحلة وفي ذلك خلاف ولكن الراجح في ذلك محتمل، فإن كلام الناس في ذلك مضطرب، وربما تظهر أرجحية عدم ذكر الوصف وهو الذي يفهم من كلام الناس في صفة لرأيها تزني، والحاصل الخلاف في المسألة

ولا: أقسم على المشهور، ويتعين اللعن في حق الرجل والغضب في حقها وهكذا قال عبد الوهاب في شرح الرسالة: إن النظر يقتضي أن لا يجزئ إذا أبدل اللعنة بالغضب في حقها وبالعكس. ثم ذكر وجه اختصاص خامسة الرجل باللعنة وخامسة المرأة بالغضب فأنظره إن شئت. قوله: وتحلف الزوجة بعد أي بعد حلف الزوج، وتقدم كون الزوج هو الذي يبدأ بالحلف. وقوله: لتدرك الحد أي لتدفع حد الزنا عنها إن نكلت ولم تحلف، وتقدم أن هذا مما يترتب على لعانها من الأحكام، وقوله: بنفي ما ادعى يجوز أن يتعلق بتحلف والباء للمجاورة بمعنى على، أي تحلف الزوجة على نفي ما ادعاه الزوج، ويجوز أن يتعلق بتدرك والباء سببية، وقوله: ثم إذا تم اللعان افرقا ويسقط الحد البيت - هذا بيان لما يبنى على اللعان. وذلك: الفراق بين الزوجين، وسقوط الحد عنه وعنهما، فيسقط عنه حد القذف وعنهما حد الزنا وقطع النسب، وإليه أشار بقوله: ويتنفي الولد وتأبى التحريم وتقدم ذلك عن التوضيح، وقوله: والفسخ من بعد اللعان ماضٍ البيت اشتمل على مسألتين إحداهما: أن فرقة المتلاعنين فسخٌ بغير طلاق التوضيح: فرعٌ. والفرقة في اللعان فسخٌ بغير طلاق، قال في البيان: هذا مذهب مالك وجميع أصحابه، وقال جماعة من أصحابنا: إنه طلاقٌ باتن. وفي الجلاب أن الملاعة قبل البناء لا صداق لها، خلاف قول مالك في المدونة والموطأ إن لها نصف الصداق. وبناء اللّخمي على فرقة المتلاعنين هل هي فسخٌ فلا شيء لها أو طلاقٌ فلها؟ وفيه نظر، فإن المعروف أن لها النصف وأن فرقة المتلاعنين فسخٌ، ولكن لما كنا لا نعلم صدق الزوج ولعله أراد تحريمها وإسقاط حقها. من نصف الصداق أنهم في ذلك ألزم نصف الصداق، ويحتمل أن يكون إنما لزمه النصف مراعاة لقول من قال: هو طلاقٌ اهـ. قلت: وقد اشتمل كلام التوضيح هذا على فائدة أخرى وهي لزوم نصف الصداق وإن تلاحنا قبل البناء وإن قلنا إن فرقتهما فسخٌ بغير طلاقٍ للتهمة. وقد قلت في ذلك:

وإن تلاحنا ولم يبين لزم لتهمة نصف صداقٍ قد علم

وأشرت بقولي: نصف صداقٍ قد علم إلى أنهما إذا عقدا النكاح على وجه التفويض فلا يلزمه شيء لانقضاء التهمة.

المسألة الثانية: مما اشتمل عليه البيت الأخير فرقة المتلاعنين، هل تقع بنفس اللعان أو حتى يحكم بها القاضي؟ ومن التبصرة: واختلف في وقوع الفراق فقال مالك وابن القاسم يقع الفراق بنفس اللعان ولا تحمل له أبداً، وفي المتبعية: قال بعض الموقنين: لا يتم الفراق

قوي، والذي يترجح فيها بعد النظر في كلام الناس أنه لا بد في الاعتماد على رؤيته كالمرود في المكحلة، ولا يلزمه ذكره عند اللعان بلسانه.

بينهما على مذهب ابن القاسم إلا بحكم القاضي في ذلك . والحجة لهذا القول قوله ﷺ لعويم وروجته بعد التعانها: «قوما فقد فرقت بينكما ووجبت النار لأحدكما والولد للمرأة»^(٧٥) وفي التوضيح: وقوع الفراق بمجرد التعانها هو المذهب خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقع الفرقة بلعانها حتى يفرق الحاكم بينهما ١ هـ. ويؤخذ القولان من النظم فيؤخذ القول بأن الفرقة تقع بنفس اللعان من قوله: ثم إذا تم اللعان افترقا ويؤخذ القول بافتقارها لحكم حاكم من قوله: وبحكم القاضي وهو أصرح.

ومكذب لنفسه بعد التحق ولده وحد والتحريم حق
وراجع قبل التمام منهما يحد والنكاح لن ينقصا

يعني أن من لاعن زوجته وتم اللعان بينهما ثم أكذب نفسه فإن الولد يلحق به ويحد حد القذف للزوجة، وأما تحريم الزوجة فامر ماض لا تحل له أبداً ولا سبيل لمراجعتها، فإن كان رجوعه وتكذيب نفسه قبل تمام اللعان فإنه يحد ونكاحهما باق لم ينسخ. قال المتطي: فإن رجع الزوج بعد ذلك وأكذب نفسه فله الحد ولحق به الولد ولم تحل له بذلك، فأما إن رجع أحدهما قبل تمام اللعان بكلمة فما فوقها فإنه يثبت نكاحهما ويحد الرجوع منهما. ١ هـ فقوله: وراجع قبل التمام هو تصريح بمفهوم قوله: ومكذب لنفسه بعد أي بعد اللعان أي بعد تمامه ابن الحاجب: فلو أكذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانها حد وبقيت زوجة، ويتوارثان وإن رجعت ١ هـ:

وساكت والحمل حمل بين يحد مطلقاً ولا يلتعن
ومثله الواطئ بعد الرؤية ويلحق الولد وحد الفرية

يعني أن من رأى بزوجه حملاً بيناً وسكت ثم نفاه وأراد أن يلاعن فإنه لا يلاعن ويحد حد القذف، وهو الذي عبر عنه في البيت الثاني بحد الفرية. والفرية: الكذبة. ويلحق به الولد سواء سكت كثيراً ولا إشكال أو قليلاً كالיום واليومين (وعلى ذلك نبه بالإطلاق) والله أعلم فهو راجع لقوله: وساكت وكذلك الذي رأى زوجته تزني ثم وطئها

(ص): ومكذب لنفسه بعد التحق إلى آخر الآيات الستة. قال في المختصر: كاستلحاق الولد إلا أن تزني بعد اللعان مشبهاً في الحد وظاهره لاعن لرؤية أو غيرها وهو كذلك وإن وقع فيه خلاف، وولد النصرانية لا حد في استلحاقه، وكان من حق هذا الشارح التنبيه على هذا، والأمة كالنصرانية فيما ذكرنا، ولكن الشارح ذكر ما أشرنا إليه في المسألة الآتية.

قوله: (وعلى ذلك نبه بالإطلاق) هذا قال فيه في المختصر: وإن وطء أو آخر بعد علمه

ثم أراد أن يلاعن فإنه يحسد ولا يلتعن قال في المقرَّب: قلت: فلو أن رجلاً نظر إلى امرأته حاملاً وهي مسلمة حرة أو نصرانية أو أمة فسكت ولم ينف الحمل ولا ادَّعاه فلماً وضعت انتفى منه؟ قال مالك إذا رأى الحمل فسكت حتى وضعت فليس له أن يتنفي منه، وإن انتفى منه حين تلده جلد الحد إن كانت زوجته حرة مسلمة، ولا حد عليه في الكافرة والأمة لأن قاذفهما لا يحسد. قلت: فإن رأى الحمل فسكت يوماً أو يومين فأكثر من ذلك ثم انتفى منه بعد ذلك قال: إذا شهدت البيِّنة أنه قد رآه فلم ينكر أو أقرَّ ثم جاء بعد ذلك ينكر لم يكن ذلك له. وقال ابن عرفة: روى ابن القاسم في كتاب الرِّجَم من المدونة أن من ادَّعى رؤية وأقرَّ أنه وطئ بعدها حد ولحق به الولد اهـ.

وإن تضع بعد اللعان لأقلَّ من ستَّة الأشهر فالمهر بطل
وليس للتحريم من تأييد إذ النكاح كان كالمفقود

يعني أن من عقد على امرأة ولم يدخل بها ثم ظهر بها حمل رُفعت عنه وأنه وأنكر ذلك فتلاعنا ثم ولدت فإن ولدته لأقلَّ من ستَّة أشهر من يوم عقد عليها فلا صداق لها ولم تحرم عليه بالتعانها، أمَّا سقوط الصِّدَاق فلأنَّ النكاح انفسخ (لظهور كونها معتدة) لأنه يلزم من الولادة قبل ستَّة أشهر أنها يوم عقد عليها النكاح كانت حاملاً، والفسخ قبل البناء لا شيء فيه ولولا الإتيان بالولد لدون ستَّة أشهر لوجب نصف الصِّدَاق في اللعان قبل البناء كما تقدَّم. وأمَّا عدم تأييد التحريم بالتعانها فلائها كانت غير زوجة له لأنَّ ذلك النكاح كالعدم لكونها معتدة، وعلى ذلك تبَّه بالبيت الثاني. هذا مقصود الناظم - رحمه الله - بالبيتين وهكذا هي المسألة في ابن سلمون، ولفظه في المسألة برمتها: وإذا كانت المرأة لم

بوضع أو حمل بلا عذر امتنع، وحاصله أن العلم بالوضع والحمل يتنفي اللعان فيهما بالوطء والتأخير، ومسألة الرؤية إنما يتنفي فيها بالوطء لا بالتأخير، وقوله بلا عذر مفهومه أنه إذا وجد العذر فله القيام في الجميع ولو طال الزمان وهو كذلك على ما يظهر من كلامهم فقف عليه إن شئت فإن الكلام طويل في هذا المحل ولكن هذا ملخص كلامهم، فانظر كلام الشنفة ومن شرحها هل يوفي بهذا المتحصل أم لا؟ والعجب من ابن الناظم وهذا الشارح حيث لم يقيدا بالعذر مع كونه في المختصر وغيره وهذا غفلة بلا مرية.

قوله: (لظهور كونها معتدة إلخ) لم يذكروا هنا العدة في هذه الانتقال، والذي يغلب أنها في الاستبراء، وعلى هذا فقول الناظم: وليس للتحريم من تأييد إما أنه أراد من جهة الاستئذان أو مطلقاً، بناء على أن المستبرة إذا تزوجها يتأيد تحريمها، على خلاف قدمنا عند قول المتن كمستبرة من رنا، أو نقول: إنما يتأيد التحريم بالوطء وهنا لم يطأ، وقد قال في المتن صدر النكاح وتأييد تحريمها بوطء إلخ، وإلا فالدخل في العدة محرم على الزوج أبداً على المذهب علم بالعدة للدخول أم لا فانهم.

يدخل بها ويظهر بها حملٌ فادعته عليه ونفاه هو فلأنهما يلتعنان ولا يتنفي منه إلا باللعان إذا ادعت أنه كان يغشاها وكان ذلك يمكن وجاءت به لستة أشهر فأكثر من يوم تزوجها، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا صديق لها ولا لعان، فإن لآعن قبل أن تضع الحمل فأنث به لأقل من ستة أشهر لم يكن لها صديق ولم تحرم عليه بالتعنائها لأنها كانت غير روجة له. قاله ابن الماجشون ومحمد بن المؤاز: ١ هـ فمسألة الناظم هي قول ابن سلمون. فإن لآعن قبل أن تضع الحمل إلخ وكان وجه لعانه قبل الوضع مع أنه قال قبله: إذا أنت به لأقل من ستة أشهر فلا لعان أنه إذا علم بالحمل وسكت ولم يلاعن لزمه الولد والله أعلم. ومعنى قوله: فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر إلخ أنه لو لم يعلم به حتى ولدت فلا صديق ولا لعان، والوجه الذي بعده علم قبل الوضع فلم يمكنه السكوت فلاعن ثم ولدت وهي مسألة الناظم والله أعلم.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

(ابن عرفة: الطلاق صفة) حكمة ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل روج. قوله: حكمة لأن الطلاق معنى تقديري، وترفع حلية أخرج به الظاهر وما شابهها، وقوله: حلية لا بد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع وإنما يرفع المعلق بها، وقوله: بزوجه أخرج به حلية المتعة بغيرها، وقوله: موجب تكررها: إلخ صفة للصفة جرت على غير من هي له على نسخة الرفع، وفي نسخة بالنصب على الحال. ويظهر أنه زاد ذلك لوجوه أظهرها أنه يخرج بذلك صوراً كثيرة تمنع أو ترفع المتعة بالزوجة وذلك مثل الإحرام بالحج وبالصلاة والدخول في الاعتكاف وغير ذلك. ١ هـ وقوله: موجب تكررها التكرار هو ما بعد الطلقة الأولى. وأما الرجعة فهي بفتح الراء وكسرهما وصوب الجوهري الفتح واستعملها الفقهاء بالكسر. قال ابن عرفة: هو رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها، قال: فتخرج المراجعة. ١ هـ أي لأن الفرق بينهما أن الرجعة هي من الطلاق الرجعي، والمراجعة هي من البائن ولذلك عبروا فيها بالمفاعلة التي لا تكون في الغالب إلا بين اثنين الرضا عنه: أو الحاكم أشار به إلى إدخال ما إذا طلق في الخيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يحكم عليه بالرجعة، وتنصح رجعته. ويجوز له الوطء بذلك عند المحققين ابن الحاجب: فإن أبى أجبره الحاكم بالأدب،

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

(ص): من الطلاق الطلقة السنية إلى آخر الآيات الأربعة. قوله: (ابن عرفة الطلاق صفة إلخ) انظر رسم الطلاق عند قول المتن: جار الخلع، ورسم الرجعة عند قوله: يرجع إلخ، والكلام في ذلك طويل فلا نطيل به، إذ الكلام فيها هو أهم من هذا.

وإن أبى ارجع الحاكم عليه وله وطؤها بذلك على الأصح، كما يتوارثان بعد مدة العدة قوله: حرمة التمتع هذا هو المرفوع واحترز به من رفع الحلية، أي فإنه نفس الطلاق، وقوله: بطلاقها متعلق بالحرمة، واحترز به من رفع الزوج الحرمة بغير الطلاق كما إذا رفع حرمة الظهار أي بالكففير. ثم قال الرصاع: لم أقف للشيخ على حد المراجعة. ويمكن أنه رأى أنها تدخل تحت حد النكاح لأن النكاح إما لمراجعة أو لغيرها فيقال فيها نكاح من زوج أبانها بغير الثلاث ١ هـ. أي وأما إذا لم بينها فهي رجعة لا مراجعة، وأما إذا أبانها بالثلاث ثم تراجعاً بعد زوج فإن ذلك ابتداء نكاح لا شك فيه والله تعالى أعلم.

من الطلاق الطلقة السنية إن حصلت شروطها المرعية
وهي الوقوع حال طهر واحد من غير مس وارتداد رائه
من ذاك بائن ومنه الرجعي وما عدا السني فهو بدعي
(منه مملك ومنه خلعي) وذو الثلاث مطلقاً ورجعي

وقول الناظم: (منه مملك ومنه خلعي إلخ) ظاهره أن التملك والخلع لا يكونان إلا من البدعي، وذلك أن الطلاق السني شرطه أن يكون رجعيًا والخلع بعوض والتملك وهو أن يقول لها طلقتك طلاق الخلع مثلاً ولا عوض الطلاق فيهما بائن، وذلك لأن البائن قد يندم الإنسان فيه ولا يجد سبيلاً للزوجة، ولكن انظر صدر الخلع وعند قول المتن ولو بلا عوض نص عليه في بابه في هذين الطلاقين، فإن المصنف خليلاً قال جاز الخلع وذكرنا ثم قول ابن رشد الداخل على أنه البدعي، وكذلك ذكرنا عند قول المتن ولو بلا عوض أنه طلاق خلاف السنة وأنه مكروه وتراه هنا قريباً إن شاء الله تعالى عند قول النظم: وفي المملك إلخ، وصاحب المختصر وغيره قالوا في السني طلقة واحدة وذلك شامل للصورتين، لا سيما وقد قال القاضي مدار البدعي على العدد والوقت أي وقت الحيض، وكلام اللخمي يقتضي كالصريح أن الطلاق السني لا بد أن يكون رجعيًا، وابن ناجي أخرج الخلع من الطلاق السني وهذا كله في الشبرح، ولكن لم يتضح لنا راجح في المسألتين، والمذهب هو الجواز في الخلع باعتبار أصله تعتبه أحكام باعتبار ما يعرض له، قال في المختصر: طلاق السنة واحدة بظهر لم يس فيه بلا علة وإلا فبدعي، فقوله واحدة مخرج لاثنتين أو ثلاث فإن ذلك بدعي، ولا فرق في الثلاث بين أن يقول هي طالق ثلاثاً أو البتة أو هي طالق طالق ثلاثاً كما أشير إليه في كلام أبي الحسن، وكذا يدخل في ذلك قوله هي طالق ثلاثاً به الثلاثة لقول المتن: وتلزم واحدة إلا لنية أكثر، وقوله واحدة أي غير خلعية ولا مملكة لأنها تكون بائنة وربما يندم فلا تمكته الرجعة، ولكن يرد على هذا الواحدة قبل البناء وإن كان الندم وربما ينذر في غير المدخول بها ولكن لا علة في غير المدخول بها فلا يقال في طلاقها بدعي ولا سني انظر الشرح، ويأتي هنا شيء من هذا وظاهره أن الزيادة عن الواحدة مخرجة عن السني ولو في صغيرة

يعني أنّ الطلاق على وجهين: سني وهو ما اجتمعت فيه الشروط الأربعة، وبدعي وهو ما اختلت فيه تلك الشروط أو واحد منها، ثم أشار بقوله من ذاك بائن ومنه الرجعي إلى أنّ الطلاق السني ينقسم إلى بائن ورجعي. قلت: وكذلك الطلاق البدعي ينقسم إلى رجعي وبائن كما يأتي، فالاقسام أربعة فطلاق الزوجة غير المدخول بها ولو حائضاً ومن بقيت على طلقه وإن حصلت بشروط السني سني بائن، وطلاق الزوجة المدخول بها بالشروط الأربعة سني ورجعي، والطلاق في الحيض بدعي رجعي، والطلاق الثلاث بدعي بائن، ومثل الشارح للبدعي البائن بالطلاق المملك قال: وهو طلاق الخلع من غير خلع وبالخلع وبالثلاث. ثم ذكر أنّ طلاق غير المدخول بها يحتمل كونه مطلقاً مع شروط السني وعدمها. قال مذهب ابن القاسم: أنّه، سني بائن ويحتمل أن يكون سنياً مع وجود شروط السني، والذي يمكن منها أي من شروط السني في غير المدخول بها اثنتان فقط: أن تكون واحدة وأن تكون في طهر. وأما كونه لم يس فيه فهو فرض المسألة لأن الكلام في غير المدخول بها، وأما عدم ارتداد أخرى فلا يحتاج إليه لأن الارتداد إنّما يكون على الرجعي وطلاق غير المدخول بها بائن. (وفي الرصاع): أنّ اللّخمي نقل عن أشهب جواز

وهو كذلك، وقوله بطهر ففي حيض أو نفاس بدعي وحرام إجماعاً ويلزم مع ذلك إن وقع وخرج من قوله بطهر من لا طهر عندها كالصغيرة إذ الطهر إنّما يكون مع وجود الحيض المقابل له، ومثل الصغيرة الحامل ومن تعدد بالأشهر وهي اليائسة والمستحاضة غير المميزة لأن عدتها سنة، وأخرى غير المدخول بها إذ لا عدة عليها أصلاً، فهؤلاء لا يقال في طلاقهن سني ولا بدعي، نعم إذا ريد على واحدة فيهن فهر بدعي من هله الحيثية إلا غير المدخول بها إذ لا يتأتى فيها مضمون قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يَحْلُثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] لأن طلاقها بائن كان بواحدة أو أكثر، ولكن الاثنان تقرب من التحريم والنبي ﷺ إنّما طلق واحدة، وكلام القاضي يدل على هذا، ومما يدل لهذا أن المدخول بها طلاقها اثنتين في مرة بدعي، مع أن الرجعة تصح فيها إن لم يتقدم لها طلق، فالبوجه الذي يكون الطلاق بدعياً في هذه يكون في غير المدخول بها، وعليه فالعدد يجعل الطلاق بدعياً مطلقاً فافهم. وقوله: لم يس فيه أي لم يطأ فيه فإن وطئ فيه ثم طلق فبدعي. وقوله: بلا عدة أي بلا إرداف في عدة فإن الردف فيها بدعي. وقوله: وإلا فبدعي أي وإن اتنتى بعض القيود أو أكثر فالطلاق بدعي فافهم. وقال المصنف في الطلاق الرجعي ما نصّه: يرجع من ينكح وإن بكاحرام وعدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة صحيح حلّ وظوه إلخ، وما تخرج قيوده لا يخفاك، وهذا تعرف منه الطلاق السني والبدعي والرجعي وغيره، فقد يكون السني رجعياً كما إذا طلق واحدة في طهر لم يس فيه وهي مدخول بها، ويكون البدعي رجعياً كما إذا طلقها طلقين في دفعة ولم يتقدم له فيها طلاق إلى غير ذلك ممّا يتصور ولكن لا يليق أن يخلط الكلام في هذا بل يتكلم على السني والبدعي وحدهما والرجعي وحده، كما فعل صاحب المختصر وغيره لا كما فعل الناظم. وقول الشارح السني قد يكون بائناً لا يخفاك ما فيه، وكذا قوله في غير المدخول بها وأن تكون في طهر إلخ فإن غير المدخول بها لا عدة عليها، البدعة

طلاق الواحدة التي صادفت آخر الثلاث فيكون سنياً بائناً كما تقدم والله سبحانه أعلم. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضل: وقد كنت قلت في هذا القسم والتمثيل له آيائاً وهي هذه:

من الطلاق سنةً وبدعي	والكل إمّا بائنٌ أو رجعي
سنّيه في حال طهرٍ واحدة	من غير منٍّ وارتداد رائدة
لفغير مدخولٍ ومن تبقى على	واحدةٍ إن بالشروط حصلاً
فبائن السنّي ورجعيّ السنة	بعد البناء بشروطٍ مثّت
ملكٌ أو خلعٌ أو أقصاه	بدعي وبائنٌ فلا تنساه
رجعي وبدعي إن تسل هو واحد	بعد البنا بفقد شرطٍ يوجد

وضمير سنّيه للطلاق من حيث هو بائنٌ أو رجعيّ، وقولنا: فغير مدخولٍ إلخ هو ابتداء تمثيل الأقسام الأربعة تبعاً للشّارح وتقليدًا له، وقولنا: إن بالشروط حصلاً راجع لطلاق من تبقى على واحدة فقط، ومثّت معناه قربت، وأقصى الطلاق هو الثلاث، وجملة يوجد هي صفةٌ أخرى لواحد، ويفقد يتعلّق بوجود أي إن تسأل عن الطلاق الرجعيّ البدعيّ فهو الطلاق الواحد، ثمّ وصفه بوصفين آخرين: كونه بعد البناء وكونه يوجد بفقد شرط من شروط السنّي وليرجع إلى حلّ ألفاظ النّاطم. قوله: المرعية أي المرعية المحفوظة عند الفقهاء. قال في التوضيح: وليس المراد بالسنّي أنّه راجع الفعل كما هو المتبادر إلى الذّهن من النسبة إلى السنّة بل بمعنى أنّه الذي أذنت فيه السنّة مقابل البدعيّ. (ونحوه لعبد الوهاب) وغيره طلاق البدعة هو ما وقع على غير الوجه المشروع، والطلاق مباحٌ من حيث

من جهة التطويل إنّما جاءت في المدخول بها، وطلاق غير المدخول بها جائز في الحيض كما في المدونة والمختصر وغيرهما، وتقدم الكلام في ذلك، وهذا الشارح تابع لابن النّاطم في هذه الأمور. قوله: (وفي الرصاع إلخ) الذي يدل عليه ما تقدم هو أن هذا طلاق بدعي لأن السنّي لا يكون بائنًا بخلاف البدعي قد يكون فيه الرجعي كالطلاق في الحيض واحدة بعد الدخول، ولكن لا بدّ من نظر الشرح في هذه الأمور.

قوله: (ونحوه لعبد الوهاب إلخ) نص عبد الوهاب في معونه هو قوله ما نصّه: باب: الطلاق ضربان سنة وطلاق بدعة، وفائدة وصفنا له بأنه طلاق سنة أنّه أوقع الطلاق على الوجه الذي ندب الشرع إيقاع عليه وهذا لفظه. وفي طرر ابن عات عن ابن مغيث: فطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي ندب الشرع إليه إلخ. وهذا يدل على أن الطلاق السنّي مندوب. ومعنى

هو في الجملة، وقال بعض الشيوخ: إنه مكروه لما في أبي داود أنه عليه السلام قال: «إن أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق» (٧٦). ولا إشكال أنه قد يعرض له الوجوب والتحريم والتدب، وثبت أنه عليه السلام: «طلق حفصة واحدة ثم راجعها» (٧٧) وطلق العالية بنت سفيان وهي التي تدعى أم المساكين (٧٨)، وذكر المصنف لطلاق الستة أربعة قبود الأول: أن يطلق في طهر، فإن طلقها في حيض كان مطلقاً للبدعة. عبد الوهاب وهو حرام بالإجماع، واختلف هل المنع في الحيض تعبد أو لطول العدة عليها وهو المشهور لأنه إذا طلقها في حيض لا تعتد به فتلغي بقية أيام حيضها. القيد الثاني: أن لا يجمعها في ذلك الطهر، فإن جامعها ثم طلقها كان مطلقاً للبدعة وليس ممنوعاً كطلاق الحيض فقد صرح في المدونة وغيرها بكرهته قال عبد الوهاب: لأنه ليس عليها العدة فلم تدبر هل تعتد بالوضع أو بالانقضاء الثالث: أن يطلقها واحدة. اللخمي: وإيقاع الاثنين مكروه، والثلاث ممنوع لقوله تعالى: «لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً» [الطلاق: ١] أي من الرغبة في المراجعة والتدبر على الفراق. ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حق من أوقعها، (وعن بعض المتأخرين) أنه إنما يلزم موقع الثلاث واحدة، وعن بعض الظاهرية لا يلزم شيء، وحكى التلمساني أن عندنا قولاً بأنه إذا أوقع الثلاث في كلمة إنما تلزمه واحدة القيد الرابع: أن تكون غير معتلة ليعتبر من أن يطلقها في كل طهر طلقاً فإن فعل فالأولى للستة والأخريان للبدعة وهذا مذهب المدونة اه باختصار. فقول الناظم: من غير

ذلك أن الزوج إذا عزم على الطلاق تردد فيطلب منه أن يطلق طلاق سنة فإن طلق طلاق بدعة فقد خالف المطلوب منه لا أن الطلاق مندوب إليه ولا مرة في صحة هذا، وبه تعرف ما في كلام التوضيح ومن تبعه.

قوله: (وعن بعض المتأخرين) هذا كلام قاصر غاية، فإن الخلاف في المسألة شهير في المذهب وخارجه من أهل السنة صحابة وغيرهم وذلك مستوفى في الفائق، وذكره ابن سلّمون وغيره، وذكر في الفائق تشديد ابن رشد في ذلك، وكلام ابن مغيث وكلام القاضي عياض معروف في المسألة، وذكر في الفائق من شدد وخفف فقف عليه إن شئت، نعم المشهور والمعلوم هو لزوم الثلاث لمن فعل ذلك وسيشير هذا الشارح لكلام الفائق عند قول الناظم: وبالثلاث لا تحمل إلا.

(٧٦) [حديث ضعيف]: أخرجه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والحاكم في المستدرک (١٩٦/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٢/٧)، وابن عدي في الكامل (٤٦١/٦)، وابن الجوزي في الطل (١٠٥٦)، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (٢٠٤٠).

(٧٧) [حديث صحيح]: أخرجه أبو داود (٢٢٨٣)، والنسائي (٣٥٦٢)، وابن ماجه (٢٠١٦)، والحاكم في المستدرک (١٩٧/٢)، وضعفه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود (٢٢٨٣).

(٧٨) انظر الطبقات الكبرى للمجلد الثامن.

من هو إشارة للقيد الثاني المتقدم عن التوضيح وقوله: وارتداد رائدة هو إشارة إلى القيد الرابع في التوضيح وفي الرسالة: وطلاق السنة مباح وهو أن يطلقها في طهر لم يقربها فيه طلقاً ثم لا يتبعها طلاقاً حتى تنقضي العدة اهـ. فقوله: ثم لا يتبعها طلاقاً هو القيد الرابع في التوضيح وهو مراد الناظم بقوله: وارتداد رائدة أي ومن غير أن يردف على الطلقة الأولى طلقاً رائدة عليها حتى تنقضي العدة كما في الرسالة. وقوله: من ذاك بائن أي من الطلاق السني ما هو بائن ومنه ما هو رجعي كما تقدم تمثله، وقوله: ما عدا السني فهو بدعي أي ما اختل فيه قيد من قيود السني فهو بدعي، وقوله: منه مملك ومنه خلعي أي من الطلاق البدعي يعني البائن مملك وخلعي، وقوله وذو الثلاث مطلقاً عطف على مملك، وأشار بالطلاق في الثلاث إلى كونه لا يكون سنياً بوجه، قال الشارح: يعني بخلاف طلاق من بقيت على واحدة فإنه وإن كان بائناً فهو سني إن كان في طهر لم يقربها فيه كما تقدم، وقوله: ورجعي أي ومن الطلاق البدعي ما هو رجعي وهو مقابل قوله: منه مملك ومنه خلعي وهذا يدل على أن معنى قوله: منه مملك ومنه خلعي أي وهو بائن.

ويملك الرجعة في الرجعي قبل انقضاء الأمد المرعي

ولا افتقار فيه للصداق والإذن والولي باتفاف

يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً (سواء كان سنياً) أو بدعياً فإنه يملك رجعتها ما لم تنقض عدتها. والعدة هي مراده بالأمد المرعي، فإذا راجعها فلا يفتر لصداق ولا لإذن الزوجة ولا للولي باتفاق وقال في المنهج السالك: فالزوج يملك رجعة زوجته في الطلاق الرجعي ما لم تنقض عدتها من غير اعتبار رضاها وتصبح الرجعة بالقول وتصح أيضاً بالفعل الحال محل القول والدال في العدة على الارتجاع كالوطء والقبلة وما أشبه ذلك بشرط قصد إلى الارتجاع، واختلف في المنع إذا انفردت النية في ذلك دون اللفظ فقل لا تصبح الرجعة بذلك وقيل تصح وهو الصواب اهـ.

وموقع الطلاق دون طهر يمنع مع رجوعه بالقهر

يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً وهي حائض فإنه فعل ممنوعاً ويجبر على الرجعة، فإذا ارتجع أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك، قال في المنتخب: ومن طلق امرأته وهي حائض أو نفساء أجبر على رجعتها إلا أن تكون غير مدخول بها فلا بأس بطلاقها، وإن كانت حائضاً وإذا أجبر على رجعتها أمهلها حتى

(ص): ويملك الرجعة في الرجعي إلى آخر الآيات التسعة. قوله: (سواء كان سنياً) تقدم أن السني لا يكون إلا رجعياً ولكن هذا الشارح مر على ما قدمه.

تظهر من دم حيضها أو نفاسها ثم ابتداء أو حثاً أجبر على الرجعة ما بقي من العدة شيء، وقال أشهب ما لم تظهر من الثانية فإن أبي ابتداء أو حثاً أجبر على الرجعة ما بقي من العدة شيء، وقال أشهب: ما لم تظهر من الثانية فإن أبي أجبره الحاكم بالأدب وإن أبي ارجع الحاكم عليه، والمستحب أن يسكها حتى تظهر ثم يحض ثم تظهر. التوضيح: لأنه لما طلق في الموضع الذي نهي عنه لثلاث طول العدة أمر بالمراجعة ليوقع الطلاق على سنته فلو أبيح له أن يطلق إذا ظهرت من تلك الحيضة كانت (في معنى المطلقة قبل البناء) وكانت تنبي على عدتها الأولى فيتم مقصوده فأمر بالوطء ليقطع حكم الطلاق الأول، وإذا وطئها لم يمكن من طلاقها في ذلك الطهر لأنه نكح نهي عن أن يطلقها في طهر مسها ^(٧٩) فيه اهـ.

وفي المملك الخلاف والقضا بطلقة بائة في المرتضى

(قال الشارح: الطلاق المملك) هو طلاق الخلع من غير خلع وفيه خلاف بين ابن

قوله: (في معنى المطلقة قبل البناء إلخ) في تعليل المسألة أكثر في هذا وقد بيناه في الشرح.

قوله: (قال الشارح: الطلاق المملك إلخ) انظر هذا عند قول المتن ولو بلا عوض نص عليه في فصل الخلع ربما فهم معنى التملك من هناك ونص أبي عمران في كافي، ولو قصد إلى إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعاً عند مالك، وقال أشهب: إن معنى الخلع بذل عوض عن الطلاق فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه لأنه طلاق بغير عوض إلخ هذا لفظه. وفي المعونة ما نصّه: فصل: إذا قصد إلى إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعاً عند مالك، وقال أشهب: يكون طلاقاً رجعيّاً، فوجه قول مالك بأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً فكان على ما قصده كالذي معه العوض، ولأن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج الطلاق عن لزومه على قصد موقعه أصله إذا عاوض بخمر أو خنزير إلخ وهذا منه بلفظه. وقال المتطي ما نصّه: مسألة: يكره أن يطلق زوجته طلاق خلع أو صلح أو مبارأة من غير أخذ ولا إسقاطه لأنه خلاف السنة، فإن فعل فثلاثة أقوال، أحدها: أن تكون طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك. للثاني: أنها البتة كمن قال: أنت طالق واحدة بائة فإنها ثلاث قاله ابن الماجشون. والثالث: أنها طلقة بائة قاله مالك وابن القاسم وبه القضاء اهـ. بلفظه. قال: وتعقد في ذلك طلق فلان طلقة واحدة على سنة المبارأة إلخ، وأصل هذا في الوثائق المجموعة ونصّه: قال محمد بن أحمد: والمبارأة إذا انعقدت بغير شيء يأخذه الزوج من المرأة أو تضع عنه فهي طلقة تملك بها نفسها ولا يراجعها الزوج في

(٧٩) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٤٩٠٨، ٥٢٥١، ٥٢٥٢، ٥٢٥٣، ٥٢٥٨، ٥٢٦٤، ٥٣٣٢، ٥٣٣٣، ٧١٦٠)، ومسلم (١٤٧١)، وأبو حنبل (٢١٧٩)، وأبو حنبل (٢١٨٠، ٢١٨٢، ٢١٨٤، ٢١٨٥)، والترمذي (١١٧٦، ١١٧٥)، والنسائي (٣٣٩٠، ٣٣٩١، ٣٣٩٢)، وابن ماجه (٢٠٢٣)، وأحمد في المستدرك (١٠٩٥٢)، والدارمي في سننه (٢٢٦٢، ٢٢٦٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٦٣، ٤٢٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٣٧/٧، ٣٢٢٤، ٤١٤)، والبخاري في شرح السنة (٣٣٥١).

القاسم وغيره فابن القاسم يقول: هو طلاقٌ بآئنة. ويقولوه: القضاء وهو قول أصبغ وحكى
سحنون عن غيره أنها آئنة، وقول ابن القاسم هو الذي عرّ عنه المرتضى لجريان العمل به
وفي الوثائق للمجموعة: قال محمد بن أحمد: والمباراة إذا انعقدت بغير شيء يأخله الزوج
من المرأة فهي طلاقٌ تملك بها المرأة نفسها لا يراجعها الزوج في العدة ويعدها إلا بولي
وصدق وشهود ورضاها في قول ابن القاسم وعليه العمل اهـ كلام الشارح وتقدم عن
الشارح أن من أمثلة البدعيّ البائن الطلاق المملّك، قال: وهو طلاق الخلع من غير خلع أي
من غير عوضٍ وكأنتهم أرادوا بالخلع البينة فالطلاق البائن من غير عوضٍ هو المملّك.

وبائن كلّ طلاقٍ وقعا قبل البناء كيفما قد وقعا

العدة وبعدها إلا بولي وصديق إلى آخر الخلاف المتقدم، ومحمد بن أحمد هو ابن العطار. وفي
التوضيح ما نصّه: وكان ابن عتاب يفتي بأن من بارأ امرأته المبارة التي جرى بها عرف الناس ثم
طلقها بعد ذلك أن الطلاق يرتدّ عليها ما لم تنقض العدة، وذلك استحسان على غير قياس
مراعاة لمن رآها طلاق رجعية اهـ. بلفظه. وفي المواق عند كلامه على قوله هي حرام وهو أنه ينوي
في الواحدة قبل الدخول ما نصّه: وانظر قد نصوا أن من طلق طلاق الخلع فهو بائن وهو طلاق
زماننا فعليه صار حكم المدخول بها وغيرها سواء وبهذا كان أشياخنا وأشباههم يفتون، وقد نصّ
ابن بشير على هذا المعنى فأنظره، وتقدم قول ابن رشد: إن نوى بآئنة طالق المبارة فهي بآئنة
اهـ. وقد تبين من هذا كله أن الطلاق المملّك هو ما تملك به المرأة نفسها أو تبين به الزوجة ولا
عروض من جهتها يدفع للزوج وله صورتان: أن يقول أنت طالق الخلع، أو أنت طالق
وينوي به المبارة. وقد قال في المختصر: وبائن ولو بلا عوض نص عليه أي الخلع وتبين به أيضاً
أن العامي إذا قال لزوجته أنت طالق ولا نية له فإنها تكون رجعية وإن كان جلّ العوام إنما يعرف
الطلاق البائن دون الرجعي وذلك أن من قال: أنت طالق ونوى به المبارة فيه خلاف، فأحرى إن
لم تكن له نية لأن النية أقوى من العرف تقدمها عليه بدليل قوله ثم بساط يمينه ثم عرف قولي
بعد ذكر النية فافهم. ولكن انظر ما في الشرح ولا بدّ عند قول المتن ولا بلا عوض إلخ. وإذا
فهمت الطلقة المملّكة وما نقله الواق عن المشايخ علمت الحلف بالحرام في المدخول بها يصدق
الحالف فيها بأنه نوى واحدة ولا يلزمه غيرها، لأن مالكا إنما قال لا يصدق في المدخول بها أنه
أراد واحدة في حلفه بالحرام منها، لأن الطلقة للمملّكة لم تكن هي الغالبة على الناس، والواحدة
الرجعية لا تحرم بها المرأة بحيث تصير كالأجنبية وإنما تحرم بثلاث وطلقة بآئنة كطلقة الخلع أو
طلقة الحاكم ولا شيء منها موجود في الحالف بالحرام فحمل أمره على الثلاث، وأما بعد أن
صار الناس يطلقون طلقة مملّكة فإذا قال الحالف بالحرام أردت بالحرام طلقة تملك بها نفسها صدق
لأنه ادعى ما يفعله الناس وهي تصير بها حراماً كالأجنبية، ولذلك جرى العمل اليوم بأن في
الحرام وما في حكمه طلقة واحدة بآئنة، نعم إذا قال الحالف أردت الثلاث فلا إشكال في لزومه
الثلاث، وانظر كلام الناس في هذا مبسوطاً عند قول المتن: والثلاث في بته غاية وبه تفهم قول

يعني أنَّ كلَّ طلاق وقع قبل البناء فإنَّه بائنٌ (قال الشارح: كيفما وقع) من كونه سنياً أو بدعياً قال ابن سلمون: والطلاق قبل البناء كله بائنٌ وقع على إسقاط أو غيره. ومما يناسب أن يذكر هنا الطلاق الذي يوقعه الحاكم وهو كله بائنٌ مثل هذا إلا الطلاق على المولي وفي عدم التثقة. ١ هـ ثم نقل فتوى بعض الشيوخ بكون طلاق مثبته الضَّرر رجعيًّا، قال: وهو غلطٌ قال مقيده عفا الله عنه: وقد كنت قلت في ذلك تذييلاً لقول الناظم: «وبائنٌ كلُّ طلاقٍ وقعا» بيتاً هو:

كذا الذي يوقعه القاضي عدا طلاق مولٍ معسرٍ رجعيٍّ بدا

المواق، فصار حكم المدخول بها وغيرها سواء، أي المحلوف بتحريمها بقوله هي حرام مثلاً، ومما يدل على ما نرويه قول ابن سلمون: اختلف في الذي يقول لامرأته أنت طالق وينوي به الثلاث فقبل إنما يلزمه طلاق وهو قول الحسن والثوري والأوزاعي وأحمد بن حنبل وغيرهم، قيل: إذا نوى الثلاث لزمته الثلاث وهو قول الشافعي ومالك وإسحاق، وسبب الخلاف في ذلك هو أن الطلاق هل يلزمه بالنية أم لا إلخ. وإذا كانت نية الثلاث لا تعتبر فكيف بمسألتنا؟ وقال اللخمي في الخالف بالحرام: إن كان سمع أن الحرام ثلاث حمل عليه وإن لم يكن علم وأخذ بقول من يقول إنها واحدة لم تعرض له لأن لذلك وجهًا ولأنها حرام بالطلاق حتى يحدث رجعة إلخ. ونقله الواق وسلمه. وقد أفتى شيخنا القدوة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي بأن العامي إذا قال لزوجته هي طالق إنما تلزمه طلاق رجعية وهذا مطلوبنا، ولكن إذا تأملت هذا وما نكتبه عند قول الناظم وموقع الطلاق دون نية علمت هذا، وانظر ولا بدَّ ما كتبناه في شرح ولو بلا عوض نص عليه في فصل الخلع تر العجب العجائب من كلام المحققين والله المعين، وأبو حنيفة موافق لما قاله أحمد بن حنبل كما في المعونة.

قوله: (قال الشارح: كيفما وقع إلخ) انظر عند قول المتن كطلاقه فإن الطلاق قبل البناء في الفاسد المختلف فيه هو طلاق بائن وإن أجمع على فساد فلا يلزم، وقد قال أيضًا: وهو طلاق إن اختلف فيه، وتقدم أن فرقة اللعان طلاق ويكون طلاقًا قبل البناء وفيه نصف الصداق، وتقدم ما تظهر فيه الثمرة هل هو طلاق أو فسخ؟ ولا فرق في المطلق قبل البناء أنه بائن طلقه الزوج اختيارًا أو دفع لذلك كما في قول المختصر وإن لم يدعه طلقها أي المعترض إلى غير ذلك، ولعل كلام الناظم يشمل هذا كله مما يكثر تعداده.

(ص): وبالثلاث لا تحلُّ إلا إلي آخر الآيات الأربعة. وكلام هذا الشارح في شرح هذه المسألة حسن، فقد استوفى ما في المختصر وقوله فثالثها لابن القاسم إلخ مما يشطن له وجوبًا في الميتة باعتبار القاضي أن يراعي في هذه المسألة قرائن الأحوال، فإن كان الذي تزوج هذه الميتة عدلاً مأمونًا لا يهتم على تحريمها على زوجها بإنكاره للوطء فقلوه مقبول في إنكاره، وإن كان بخلاف ذلك فلا يقبل قوله ويرتكب القول الذي قال لا عبرة بإنكاره، وكم رأينا من هذا التحليل الذي لا يحل. ويعد أن ذكر أبو الحسن قول مالك أنه لا بدَّ من اتفاق الزوجين على الإصابة قال

قال النّاظم رحمه الله .

وبالثلث ثلاث لا تحلّ إلا من بعد زوج للذي تخلى
وهو حرّ منتهى الطلاق وحكمها ينفذ بالإطلاق
هب أنّها في كلمة قد جمعت أو طلقة من بعد أخرى وقعت
وموقع ما دونها معدود بينهما إن قضي التّجديد

يعني أنّ من طلق زوجته ثلاثاً فإنّها لا تحلّ له إلا من بعد زوج وهو معنى البيت الأول، والذي تخلى عنها هو الذي طلقها ثلاثاً، فللذي يتعلّق بتحلّ وإنما تحلّ له من بعد زوج بشروط: الأول: أن يكون الزوج الذي تزوّجته بالثلاث والزوجة مطيقةً للوطء فلا تحلّ بنكاح غير البالغ ولا بوطء الزوج البالغ من لا تطيق الوطء، فإنّ وطأها كالعدم، ولا يشترط بلوغها بل أن تطيق الوطء فقط. الثاني: أن يطأها وطئاً مباحاً، فلو طلقها قبل البناء أو بعد وطء غير مباح كالوطء في اللّبر أو في نهار رمضان أو في الحيض فلا تحلّ بذلك. الثالث: أن يتقارّر الزوجان على الوطء ابن الحاجب: فلو ادّعت الوطء بعد الدّخول وأنكره الزوج فنالها لابن القاسم إن كان بعد الطلاق فالقول قولها، وقال ابن الحاجب أيضاً قبله: ويكفي إيلاج الحشفة أو مثلها من مقطوعها في القبل ولو كان خصياً على المنصوص. التوضيح: قوله: ويكفي إيلاج الحشفة أي ولا يتوقّف على الإنزال، وفسر مالك في المواربة العسيلة المشتركة بإيلاج الحشفة وقوله في القبل (ظاهره أنّها لا تلوق العسيلة إلا في القبل) وفهم من قوله ويكفي إيلاج الحشفة أنّ ما دون ذلك لا يكفي ابن القاسم: ولو وطئ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها وأنزلت هي فلا يحصنها ولا يحلها. وقوله: ولو كان خصياً يعني قائم الذّكر مقطوع الخصيتين. (الرابع: الانتشار) في الوطء، أي قيام الذّكر لأنّ

ما نصّه اللّخمي عن كتاب محمد إذا قال ذلك بقرب طلاقها لم تحل وإن لم يذكر ذلك حتى حلت وأرادت الرجوع لم يصدق، قال: وقول مالك أحسن لأنها محرمة يقيين، وهذه التفرقة لا بأس بها ولا تنافي ما أشرنا إليه، ألا ترى أن الزوج إذا كان مأموراً وقال ذلك بالقرب فيقوى عدم التحليل، وإن كان غير مأمور مع البعد فيقوى عدم التحليل، والمعتبر هي القرائن وهي تنفيذ البقين، وكثير من الأزواج لا يعرف هذا ولكن تلقنهم شياطين الإنس نسأل الله السلامة، ورأينا من ذلك كثيراً حين ظهر القضاء بقضائنا بالمدينة البيضاء فأس الجديدة آدامها الله للإسلام، وانظر الشرح ففيه كلام في إنكارها هي الوطء ونحو ذلك وإنكار الزوج. قوله: (ظاهره أنّها لا تلوق العسيلة إلا في القبل) هنا لا إشكال فيه لأن الوطء في اللّبر حرام، ومن شرط التحليل أن يكون الوطء حلالاً، وبيننا هذا بكلام الناس غاية في الشرح. قوله: (الرابع الانتشار إلخ) أي ولو كان الانتشار إنما حصل بعد الإيلاج وهو كذلك كما في نقل أبي الحسن. **تكميل:** قال في المختصر:

العسيلة لا تحصل إلا به، هذا هو المشهور والشاذ لابن القاسم في الموازية. الخامس: علم الزوجة خاصة بالوطء وهو قول ابن القاسم وقال أشهب علم الزوج. وقال ابن الماجشون ولو كانا مجنونين حلت. قاله ابن الحاجب التوضيح: ورأى اللخمي أنها لا تحل إلا بأن يكونا عاقلين لقوله عليه السلام: «حتى تلوق عسيلته ويذوق عسيلتك» ^(٨٠) السادس: أن يكون النكاح صحيحاً ابن الحاجب: ولا تحل بنكاح غير صحيح كنكاح المحلل، ثم قال: ولا تحل الذميمة بنكاح الذميمة لفساده على المشهور. السابع: أن يكون النكاح لازماً ابن الحاجب: ولا بنكاح غير لازم كنكاح العبد المتعدي ونكاح ذات العيب أو المغرورة أو ذي العيب أو المغرور إلا إذا لزم بإجازة السيد ورضي الزوج أو الزوجة ووطئ بعد اللزوم التوضيح: قوله: المغرور أو المغرورة أي بالحرية، وقوله: إلا إذا لزم بإجازة السيد راجع إلى العبد، وقوله: ورضي الزوج أو الزوجة راجع إلى صورتي العيب والمغرور، وقوله: ووطئ بعد اللزوم يعني في الخمسة. ١ هـ ابن الحاجب ولا تحل بعقد ولا بوطء ملك، قوله: وهي حر أي الثلاث يعني وأما العبد فطلقتان، وقوله: وحكمها أي حكم الثلاث، وحكم الثلاث هو تحريم الزوجة إلا بعد زوج، وإلا طلاق يفسره ما في البيت بعده يليه وهو أنه لا فرق بين أن يطلقها ثلاثاً في كلمة كقوله: أنت طالق ثلاثاً. أو يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها إلى الثلاث الحكم واحد، إلا أنه في ثلاث مرآتٍ مجمع عليه، وفي كلمة فيه خلاف ضعيف.

وعلم خطوة في شروط التحليل فقال اللخمي: يشترط في التحليل ثبوت النكاح بعدلين وثبوت الخطوة بامرأتين. وقال ابن رشد: جرت عادة قضاة العصر بمنع المبتوتة من رجعة مطلقها حتى يثبت دخول الثاني بها دخول اعتداد، وأنه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الأرواح على الزوجات، وما علموا في نكاحها رية ولا دلالة. وقال: حاولوا القول عند قضاة تونس اليوم تكليفه عند العقد بإثبات أنه لا يتهم بتحليل المبتوتة فحينئذ يحل له تزوجها، ثم إن طلقها لم تبع لزوجها إلا بعد ثبوت البناء بها وهو حسن لا سيما مع فساد الزمان. وهذا كلام صحيح. ومن كان قاضياً مراعياً لله تعالى علم ما أشرنا إليه، وما أحسن اعتبار الأرواح هنا والتفريق بين المأمون وغيره ومراعاة القرائن، وفي مثل هذا يحتاج القاضي إلى فطنته وذكائه متوكلاً على من قضى عليه بابتلائه، وما شرطوه هنا في نكاح المبتوتة يشترط في وطئها بالملك، فمن تزوج أمة وهو حر وطلقها ثلاثاً ثم اشتراها فلا يطؤها بالملك إلا بعد تزوجها مع الشروط المذكورة، والحاصل هنا لخصناه من كلام الناس وبقي كلام كثير في الشرح يتفقه به من وقف عليه.

(٨٠) حديث صحيح: أخرجه البخاري (٢٦٣٩)، ٥٢٦٠، ٥٢٦١، ٥٢٦٥، ٥٣١٧، ٥٧٩٢، ٥٨٢٥، ٦٠٨٤، ومسلم (١٤٣٣)، وأبو داود (٢٣٠٩)، والترمذي (١١١٨)، والنسائي (٣٤٠٧)، وابن ماجه (١٩٣٢)، وأحمد في المسند (٣٤/١)، ٣٧، ٣٨، ٤٢، ١٩٣، ٢٦٦، ٢٢٩، والحميدي في مسنده (٢٢٦)، والدارمي في سننه (٢٢٦٨)، وابن حبان في صحيحه (٤١١٩)، ٤١٢٠، ٤١٢٢، وعبد الرزاق في المصنف (١١٣١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٧٣/٧)، والبغوي في شرح السنة (٢٣٦١)، وفي تفسيره (٢٠٨/١).

ابن ناجي: مذهبا لزوم الثلاث، وقيل بلزوم طلقة واحدة انظر تمام كلامه وانظر الفائق في أحكام الوثائق لسيد أحمد الونشريسي فقد أطال في المسألة بنحو رقتين وذلك قبل ترجمة نوازل الطلاق وفروعه. قوله وموقع ما دونها - البيت - والمعنى أن من أوقع من الطلاق ما دون الثلاث من واحدة أو اثنتين فإن ما أوقعه معدود عليه ومحسوب عليه إن قضى الله تعالى بتجديد النكاح بينهما، فإذا طلقها ثم راجعها فبقي عنده على طلقتين، وإذا طلقها طلقتين ثم راجعها فبقي عنده على طلقة؛ ولو تزوجت غيره في خلال ذلك ثم راجعها فإنه يحسب عليه ما كان طلقها قبل تزوجها لغيره؛ لأن النكاح الأجنبي لا يهدم إلا الثلاث، فلو راد الناظم بعد وموقع ما دونها معدود البيت قوله مثلاً:

ولو تزوجت لغيره ولا يهدم ذا إلا الثلاث مسجلاً

ومعنى مسجلاً مطلقاً، ومعناه أن نكاح الأجنبي يهدم الثلاث كانت في كلمة واحدة أو كلمات.

فصل في الخلع

والخلع سائغ والافتداء فالافتداء بالذي تشاء

والخلع باللام في الصداق أو حمل أو عتة أو إنفاق

وليس للآب إذا مات الولد شيء وإذا به القضاء في المدد

الرماع: لم يعرف الشيخ الخلع، ووقع لبعض الشيوخ من تلامذته أنه عرفه بقوله: عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها وملك به الزوج العوض. ثم قال: (والصواب أن يقال في رسمه) صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض على التطلق. وقوله: والخلع سائغ إلخ يعني أن (الخلع جائز) والافتداء به كذلك جائز، ثم فسّر

فصل في الخلع

والخلع جائز والافتداء إلى آخر الآيات الخمسة. قوله: (والصواب أن يقال في رسمه إلخ) رسم خليل أو جزء من هذا وهو قوله: وهو الطلاق بعوض مع كونه صحيحاً في نفسه، فقوله الطلاق أي لا الفسخ، وقوله بعوض يشمل المال ولا إشكال ومؤون الولد ونحو ذلك كما بيناه في الشرح والعوض فيه لا يحتاج إلى حوز، ويفهم ذلك من قوله بعوض إذ الأعواض لا تحتاج إلى حيازة وهو بائن بدليل قوله: وبانت ولو بلا عوض، وهو راد بما ذكره على من خالف في بعض ما ذكره وبيناه في الشرح. قوله: (الخلع جائز إلخ) الجواز هو قول المختصر جاز الخلع وذلك هو الملعب باعتبار أصله، وقد تعرض له أحكام باعتبار ما يعرض له، وذكر ابن الحاجب إياحه، قال

كلًا منهما (ففسر الافتداء) بأنه افتداء الزوجة ببعض مالها، وفسر الخلع بأنه الافتداء باللامر في الصداق (وبعونة حمل) وخراج عدة وإنفاق على ولد، (وهذا الفرق مجرد اصطلاح) لأهل كتب الأحكام. ومعنى قول الموثق في وثيقة الطلاق وتحملت له بخراج عدتها يعني كراء مسكنها مدة العدة فيلزمها ذلك إن كانت الدار بكراء أو التزمت غرم الكراء له إن كانت الدار له. قاله في وثائق الفشتالي فإذا مات الولد الذي التزمت الزوجة الإنفاق عليه فلا يجب عليها لأبيه بعد موته شيء على ما جرى به الحكم والقضاء في هذه الأزمنة، وعلى ذلك نبه بقوله: وليس للأب إذا مات الولد البيت قال في المقرب: قلت له: فما المبراة؟ وما الخلع؟ وما الفدية؟ قال المبراة أن تقول المرأة لزوجها قبل البناء: خذ ما أعطيتني واتركني. والخلع أن يخلع بالذي لها كله. والفدية أن تقتدي ببعض وتمسك ببعضًا. قلت: أفبذل للزوج ما أعطته على ذلك قال نعم إذا لم يكن عن إضرار منه لها وقد قال مالك: ما رأيت أحدًا ممن يقتدى به يكره أن تقتدي المرأة بأكثر من صداقها. وقال تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما اتفقتا به﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهذا إذا لم يكن عن إضرار من الزوج بها ولا تضييق عليها. قال الشارح - رحمه الله - : اختصر الشيخ - رحمه الله - ذكر المبراة وهي في المدونة مع الخلع والفدية في نسق واحد. وفي المقرب: قلت له: فإن اختلفت منه على أنه لا سكنى على الزوج فقال إن كان إنما شرط عليها كراء المنزل الذي تعتد فيه فذلك جائز مثل أن تكون في مسكن الكراء، وكذلك إن كانت تسكن في مسكن الزوج فاشتراط أن عليها كذا وكذا درهمًا في كراء المسكن فذلك جائز أيضًا. وإن كان إنما اشترط عليها أن تخرج من المنزل الذي تعتد فيه فهذا لا يجوز في قول مالك وتسكن بغير شرط والخلع ماضٍ. قلت له: فإن اختلفت منه على أن نفقة الزوج ونفقة الولد عليها إلى فطامه فقال سمعت مالكا يقول: إذا اختلفت المرأة من زوجها على أن ترضع ولده وتنفق عليه إلى فطامه أن ذلك جائز، وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها، وفيه قال ابن القاسم قلت للمالك فإن مات الولد قبل الحولين أيكون للزوج على المرأة شيء؟ فقال: ما رأيت أحدًا طلب ذلك. وكأنه ذهب إلى أنها إنما أبرأته من رضاع ابنه حتى تغطمه، وإن ذهب قبل ذلك لم يكن للزوج عليها شيء. اهـ فقلوه: فالافتداء بالذي تشاء أي بما تريده من مالها

في التوضيح: وقال ابن القصار هو مكروه واقتصر عليه صاحب المقدمات وجعله من طلاق البدعة يعني لأنه يبين المدخول بها. قوله: **(تفسير الافتداء إلخ)** تفسير المدونة في شروح المختصر فلا يحتاج لنقله لوضوحه. قوله: **(وبعونة حمل إلخ)** هذه المسائل التي أشار لها هذا الشارح هي في المختصر حيث قال: وجار شرط نفقة ولدها مدة رضاعة فلا نفقة للحمل وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزاد شرط كموته، وإن ماتت أو انقطع لبنها أو ولدت ولدين فعليها إلخ. وذكر قبل هذه مسألة السكنى بقوله عاطفًا على ما لا يجوز وخروجها من مسكنها وانظر بيانه في الشرح غايه. قوله: **(وهذا الفرق مجرد اصطلاح إلخ)** قف على الشرح فإن المناسب موجودة في الجملة.

دون ما لم ترده فيفهم منه أنّ الافتداء ببعض مالها لا بكّله، فالافتداء مبتدأ وبالذي خبره لا متعلّق به، وقوله: والخلع باللازم إلخ الخلع مبتدأ وباللازم خبره أي بالذي هو لازم لها عليه من صداق لم تقبضه أو حمل عطف على الصداق مدخول لازم أي باللازم في الحمل من الثقة عليه، واللازم في العدة أي من كراه المسكن كما تقدّم عن وثائق الفشتالي وباللازم في الإنفاق على الولد بعد وضعه. وقوله: وليس للآب أي ليس للآب الولد شيء على المرأة إذا مات الولد قبل انقضاء المدة التي التزمت نفقته فيها للآب.

والخلع بالإنفاق محدود الأجل بعد الرضاع بجوارره العنمل
وجاز قولاً واحداً حيث التزم ذاك وإن مخالع به عدم

(يعني أنّ العمل) على جوار الخلع أن تنفق المرأة على الولد أجلاً محدوداً بعد حولي الرضاع يلزمها ذلك، ومذهب المدوّنة سقوط نفقة الزائد على الحولين التوضيح: وقال المخزومي والمغيرة وابن الماجشون وأشهب وابن نافع وسحنون لا تسقط، وهو الصواب عند جماعة الشيوخ. حتّى قال ابن لبابة الخلق كلّهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته المتطعي: قال غير واحد من المؤثّقين والعمل على هذا القول، ووجه ظاهره، لأنّ غايته غرر، والغرر جائز هنا، وفي المسألة قولان آخران: الأوّل: رواية ابن زياد عن مالك أنّه يجوز في العامين وما قاربهما لا فيما كثر، والثاني: قال أصبغ أكرهه ابتداءً فإن وقع أمضيته اهـ. قوله: وجاز قولاً واحداً البيت منه يفهم أنّ ما قبله مختلف فيه وهو كذلك، وقد تقدّم قريباً أنّ فيه أربعة أقوال، وأشار بهذا البيت إلى قوله في التّوضيح إثر ما تقدّم متصلاً به. قال

قوله: (يعني أنّ العمل إلخ) هذا هو قول المختصر أي في مقابله، وزائد شرط وقد رأيته وما به العمل قال فيه ابن سهل في أحكامه الكبرى ما نصّه: وعلى قول سحنون ومن وافقه العمل وجرت الفتوى في جوار المبرأة على التزام الزوجة أو غيرها النفقة على الولد أوعاماً تزيد على عامي الرضاع وعليه وضع المؤثّقون وثاقهم اهـ. وعلى هذا العمل جرى أهل فاس وقاما الله من كل بأس وهو في اللامية وشرحها، وانظر قول ابن سهل أو غيرها فهي زيادة حسنة، وفي المختصر ويعوض من غيرها وفي البرزلي آخر نوازل النكاح ما نصّه: قال الرماح إن التزمت الأم نفقة البنات على أن لا يتزعن منها وإن تزوجت لم يجز ذلك وعلى أن يكون الأمر إليها في تزويجهن ويكون العاقد غيرها فيجوز، قال البرزلي: قلت في الأول نظر على القول بجوار الخلع بالغرر وأن النفقة تلم بعد الحولين، وعلى الجوار عمل الناس اليوم في شرطها، وإن تزوجت وبذلك الأرواح مسافرة كانت أو حاضرة، وأما على أن تزويجهن بنفسها ففساد وبغيرها فقال يجوز، وهل هو من قبيل اللزوم وليس له عزلها وهو ظاهر هذه الفتيا أو يجوز له أن يعزلها إلخ. ولكن ذكر الخطاب في التزاماته أنّه لا سبيل لعزلها وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، وقول البرزلي عمل الناس اليوم إلخ دال لما نظم في اللامية قافهم.

اللّخميّ وغيره: وهذا الخلاف إنّما هو إذا وقع الخلع على ذلك ولم يشترط إثبات ذلك - إن مات الولد - ولا سقوطه. وأمّا لو شرط الأب نفقة الابن مدة معلومة - عاش الولد أو مات - فيجوز عند ابن القاسم وغيره فلو مات الولد أخذ الأب ذلك منها مشاهرة حتى يتم الاجل وكذلك الأب ا هـ. وفي الوثائق للمجموعة: فإن مات الابن في المدة لم يكن للزوج رجوع فيما بقي لأنّها إنّما تحمّلت عنه دفع مؤنته، ولو ماتت هي وقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انتضاء المدة، فإن مات الابن قبل انتضاءها رجع ما بقي عماً وقف إلى ورثة المرأة، وأمّا إن أفلست المرأة رجع ذلك الموقوف إلى الغرماء إن كان بقي شيء من ديونهم للزوج محاصّة الغرماء بالنفقة، وأمّا لو اشترط الزوج نفقة الصبيّ مدة معلومة - عاش أو مات وذلك للأب لازم على الأم - لجاز ذلك على قول ابن القاسم وغيره، ومراد النّاظم بالمخالع به: الولد. معنى عدم مات، وفاعل جاز يعود على الخلع وذلك إشارةً لنفقة الولد.

وللأب التّرك من الصّدق أو وضعه للبكر في الطّلاق

(يعني أنّه يجوز للأب أي دون غيره) من سائر الأولياء إذا زوج بته البكر أن يضع من

قوله: (يعني أنّه يجوز للأب أي دون غيره إلخ) هذا قال فيه في المختصر في فصل التفويض، وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصّدق قبل الدخول بعد الطّلاق ابن القاسم وقبلة المصلحة، وهل هو وفاق؟ تأويلان. وقال في فصل الصّدق: ولم يلزم تزويج آتنة غير مجبرة بدون صدق المثل إلخ. وقوله أبي البكر المراد الأب المجبر فتدخل المغنة واليب الصغيرة لقوله في الجبر ولو عاشا واليب إن صغرت وخرج الوصي ولو مجبراً لأنهم علّوا عفو الأب بكونه له فرط الشفقة وقوله قبل الدخول إلخ. هذا محل الآية الشريفة لأنه بعد البناء أخذ الزوج سلعتها التي الصّدق عوض عنها وصار مالاً من مالها بلا خلاف، وقبل الطّلاق هو مرتج لقبض عوض صدّاقه، وسكت خليل عن عفو السيد والرشيّدة لأن ذلك لا يتقيد بطلاق ولا بنصف، وأمّا المهر فلا عفو لها، وكذلك الصغيرة التي لا أب لها ولها وصي فلا عفو لها ولا لوصيها أو ولي غيره، ويدل لما قلنا قول المختصر صدر كتاب التفويض والرضا بدونه للمرشدة وللأب ولو بعد الدخول وللوصي قبله لا للمهرلة، وهذا أخف من مسألة العفو لأن هذه الأمور لم تملك فيها الزوجة شيئاً أسقطه الأب مثلاً، ولا كذلك مسألة العفو، وكذا تزويج الأب بأقل من صدق مثلها فافهم. وقوله: ولم يلزم إلخ كلامه يشمل السفينة وهي الثيب البالغ إذا أذنت لأبيها في التزويج وزوجها بأقل من صدق مثلها فإن ذلك النكاح لا يلزمها وذلك لأنّها غير مجبرة إذ لها أن لا تتزوج فلا تجبر على بخص سلعتها، ويشمل البكر باعتبار الوصي غير المجبر لها وهذا مقصود المتن، وأمّا مجبرة الأب فيزوجها بأقل من صدق مثلها لأنها أجبرت في ذاتها فكيف بالمأ إذ هو العارف بمصالحها فلا يتهم في ذلك، والوصي المجبر في مجبرته كالأب في جبرها بأقل من صدق المثل، فالمدار على الجبر إذا وجد جاز أقل من صدق المثل وإذا انتفى الجبر انتفى ذلك، وأمّا الصغير الذّكر إذا أجبر على النكاح فلا يلزمه أكثر من صدق المثل لأنه معط للمهر ومتفق ولا

صداقها ما يراه سداداً ونظراً لابنته، وله أيضاً أن يضع جميعه في الطلاق قبل المسيس قال في الوثائق المجموعة: قال محمد بن أحمد قال ابن القاسم: للأب أن يضع عن زوج ابنته البكر التي في حجره وتحت ولاية نظره من معجل مهرها ومؤجله ما يراه سداداً ونظراً لابنته، وله أيضاً أن يؤخر به، وليس له أن يضع جميع المهر إلا على الطلاق، وليس ذلك للوصي ولا للولي.. وفي التوارد من كتاب محمد: قال مالك: للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق مثلها على النظر ولا يحط من الصداق بعد العقد إلا على الطلاق أو بعد وقوع الطلاق قبل البناء يهبه للزوج، فذلك جائز عليها. وفي ابن الحاجب وعفوه في البكر عن نصف الصداق بعد الطلاق ماض لا قبله. وعن ابن القاسم إلا بوجه نظر التوضيح: لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي النساء المالكات لأمرهن عن النصف الذي لهن ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة: ٢٣٧] ومذهب مالك أن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب.

كذلك البنت، وأما الرشيدة فالأمر إليها في الزوج والصدق، والأب بالنسبة إليها كالأخ، ولكن هذه مسائل صعب لا تحيط بها إلا إذا نظرت المحال المذكورة في الشرح.

تنبيه: قال في التهذيب في النكاح الأول ما نصّه: ومن زوج ابنته الصغيرة بأقل من صداق المثل إن كان على وجه النظر اهـ. فانظر قوله إن كان على وجه النظر أنه إذا لم يكن كذلك لم يجوز، وقد رأينا كثيراً أن بعض الآباء إذا كان محتاجاً يدفع له الزوج دراهم تسمى المأكلة في البوادي ويرخص عليه من أجل ذلك صداق ابنته من غير نظر لها في ذلك ولا صلاح لتمام العطفة، فليتنبه القاضي لهذا فإنه ظلم وهو كثير جداً وهو حرام ومنكر، والأمثال هذا يجب التنبيه لأن بعض الطلبة ممن قصر نظره إذا سمع أن الأب له أن يزوج ابنته المجبرة بأقل من صداق المثل أخذ بذلك مطلقاً وذلك لا يجوز. (ص):

(وينفسد الطلاق بالتصريح وبالكناية على الصحيح)

حاصل ما ذكره هذا الشارح أن الألفاظ التي تطلق بها المرأة صريح وكناية. فالصريح ما فيه الطاء واللام والقاف أو ما نطق به القرآن من الطلاق والفراق والسراح. والكناية ثلاثة أقسام: كناية ظاهرة ومحملة وما ليس بصريح ولا كناية، والكناية الظاهرة ما هو في العرف مثل أنت حرام طلاق، والمحملة مثل أذهبي وانصربي، ومثال الحجاج عنهما إسقيني ونحوه، وحكم الصريح أنه لا يقبل من صاحبه أنه لم يرد الطلاق قامت عليه بينة أو كان مستغنياً مرقاً أنه قصد النطق باللفظ الصريح، وحكم الكناية الظاهرة كذلك أنه لا يقبل منه أنه لم يرد بها الطلاق، واختلف في اللارم بها على ما تراه إن شاء الله تعالى، والمحملة تقبل دعواه أنه لم يرد به الطلاق وفي عدده إذا قال أردت به الطلاق فإن قصد ولاية فالبنت، وأما إسقيني ماء مثلاً فالطلاق يلزمه به إن قصد به طلاق الزوجة على المشهور، وابن مروق قال: الكناية الظاهرة مثل خلية والمحملة كاذهي

في ابنته والسيد في أمته، ومذهب أبي حنيفة والشافعي أنه الزوج ينبغي له أن يكمل الصداق، وقال بكل من القولين جماعة.

وينفذ الطلاق بالصريح وبالكنيات على الصحيح

أشار بالبيت إلى أن الطلاق يلزم باللفظ الصريح وبالكنية^(٨١)، واللفظ أحد أركان الطلاق، والطلاق له أركان أربعة: الأول: وهو الزوج، والمحل وهو الزوجة، والقصد، واللفظ. فالأهل مسلم مكلف فلا ينفذ طلاق الكافر ولا الصبي ولا المجنون، بخلاف السكران فيمضي طلاقه، والمحل شرطه أن يملكه الزوج قبل الطلاق، والملك إما تحقيقاً أو تعليقاً، فلو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق فنكحها فدخلت الدار فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن نكحتك فلو قال: إن نكحتك فأنت طالق فالشهور اعتباره وتطلق عليه عقب العقد عليها ويلزمه نصف الصداق. وإن دخل بها فالصداق كاملاً، والقصد هو القصد للطلاق فلا أثر لسبق اللسان إذا جاء مستفتياً، ولا أثر للفظ يجهل معناه كما إذا قيل لأعجمي قل زوجتي طالق فقال له فلا يلزمه لعدم القصد. ولا أثر لطلاق الإكراه كتنكاحه وعقده وغيره لعدم القصد، واللفظ صريح وكنية وغيرهما، فالصريح ما فيه صيغة طلاق مثل أنت طالق أو أنا طالق فلا يقبل قوله: لم أرد به الطلاق إذا قامت عليه البيّنة، وكذلك لا يقبل منه في الفتوى إذا أقر على نفسه أنه أتى بهذا اللفظ (قاصداً إلى النطق به) وقال:

وانصرفي، وكنية لا يقتضي لفظها طلاقاً كقوله اسقيني الخ، والتقسيم الأول لابن الحاجب والخلاف بينه وبين ابن مرزوق في اسقيني، فالثاني يجعله من الكنية ولكن لم يقل هي من المحتملة وإنما جعلها قسماً برأسها لأن لفظها لا يقتضي طلاقاً أصلاً، وكذلك المحتملة كانصرفي لأنه مناسب للطلاق، إذ المرأة إذا طلقت تنصرف لأهلها أو عن زوجها، وابن شاس ذكر الكنية الظاهرة ثم قال: ويلحق بها الكنية المحتملة ثم قال: وأما ما عدا الصريح والكنية فهو ما ليس من الفاظ الطلاق ولا محتملاته كقوله اسقيني الخ فهو موافق لابن مرزوق وهي طريقة الأكثر، ولذلك قال المصنف عن طريقة أكثر الفقهاء وهي أن الطلاق ينقسم إلى قسمين فقط صريح وكنية، لأن المصنف رأى أن اسقيني ماء لا ينبغي عده من الكنيات لأن الكنية استعمال اللفظ في لارم المسمى لكن هذا اصطلاح ولا مناقشة فيه الخ. وبعضهم هنا يعبر عن المحتملة بالخفية وهو مناسب لأنه مقابل للظاهرة والأمر في هذا قريب. وقول هذا للشارح: **(قاصداً إلى النطق به)** ظاهر ذلك كاف في الطلاق ولو لم ينو به الطلاق وكذلك ذكر غيره، ولكن في ذلك كلام طويل قف عليه إن شئت، فإن وقفت تر الحق في المسألة إن شاء الله تعالى، وقد قال في المختصر في هذا ما نصّه: ولفظه طلقت ثم قال والثلاث في بنة وحبلك على غاريك أو واحدة بائنة أو نواها بخليت سبيلك أو ادخلي والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في كالمية الخ. وتحصيل

(٨١) الكنية: الكلام على الشيء بما يستدل به عليه ولم يصرح.

لم أرد به الطلاق إذا قامت عليه البينة، ويلزمه، والكناية قسمان: ظاهرٌ ومحمّلٌ فالظاهر ما هو في العرف طلاقٌ مثل سرحتك، وفارقتك، وأنت حرّامٌ، وبنتٌ، وبنتٌ، وخليفةٌ، ويريّةٌ، وبائنٌ، وحبلك على غاريك، ونحو هذا. وهو كالصريح في أنّه لا يقبل منه أنّه لم يرد به الطلاق واختلف في اللام في ذلك على مسّة أقوال حكاهما ابن الحاجب قال في التوضيح: وهي راجعةٌ إلى ثلاثة أقوال: الأول: أنّها ثلاثٌ واختلف على هذا القول هل هي الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوي، أو الثلاث وينوي فيها، أو ينوي في غير المدخول بها فقط؟ والقول الثاني: أنّها طلقَةٌ. واختلف عليه، فقبل بائةٌ وقيل رجعيةٌ. والقول الثالث: أنّها ثلاثٌ في المدخول بها واحدةٌ في غير المدخول بها. اهـ والكناية المحتملة مثل ذهبي، وانصرفي، واعزي، وأنت حرّةٌ، ومعتقةٌ، والحقّي بأهلك، ولست لي بامراةٌ، أو لا نكاح بيني وبينك. فتقبل دعواه في أنّه لم يرد به الطلاق. وفي عده إذا قال: أردت الطلاق وقصدت واحدةً أو أكثر قبل ذلك منه. قال أصبغ: وإن نوى به الطلاق ولم ينو عدداً فهو البتة مدخولاً بها أم لا قاله في التوضيح. والقسم الثالث: وهو ما ليس بصريح ولا كناية فذلك مثل اسقيني الماء فإن قصد به الطلاق وقع على المشهور، وفيها كلّ كلام ينوي به الطلاق فهو طلاقٌ. اهـ وجميع ذلك من ابن الحاجب وجله باللفظ، وقد بحث في التوضيح في بعض الالتفات الممثل بها فليراجعه من أراد. ونقل الشارح عن الكافي أنّ صريح الطلاق ما نطق به القرآن العظيم من الطلاق والسراح والفرق قال تعالى: ﴿فَطْلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وقال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] وقال في الآية الأخرى: ﴿أَوْ فَارَقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]. ثم قال: قال ابن مرزوق في منهجه السالك: وله يعني الطلاق لفظان: صريحٌ وكنايةٌ، فالصريح ما جاء

المسألة أن الكنايات الظاهرة كلها ينوي فيها أنه أراد الواحدة قبل البناء بلا استثناء لشيء منها وحيث ينوي، فمع يمينه ما عدا البتة فإنه لا ينوي في الواحدة قبل البناء على خلاف قوي غاية، ولولا حرمة المدونة لأجرينها كغيرها إذ ذلك هو القول القوي وشهره غير واحد واقتصر عليه كثير ويظهر رجحانه على ما في المدونة، وعمل اللخمي ذلك بأن الواحدة البائدة يحصل بها البت، وقد جلبنا كلام الناس فيها في الحاشية والشرح، وكلام المختصر في هذا معترض باعتبار أنه لم يبنه على مقابل ما في المدونة مع قوته غاية، وقول المصنف: والثلاث في بته وحبلك على غاريك أو واحدة بائة إلخ ظاهر في أنه لا ينوي قبل البناء في واحدة بدليل قوله أن بعيدة الثلاث إلا أن ينوي أقل إلخ. أما البتة وحبلك على غاريك فتبع في ذلك المدونة فلا اعتراض عليه في اتباعها من حيث الاتباع لها، وفي حبلك على غاريك رجحان التصديق في إرادة الواحدة قبل البناء، وأما واحدة بائة فلا اعتراض عليه أصلاً، لأن واحدة بائة في غير المدخول بها ظاهر أنه إنما يلزم فيها واحدة بائة إذ كل مطلقة قبل البناء فطلاقها واحدة بائة، وكذا قوله أو نواها به إلخ وكأنه يقول: لا فرق بين أن يقول أنت طالق واحدة بائة أو يكتفي عنها، ولذلك قال في المدونة: وإن قال لها

فيه لفظ الطلاق كقوله: أنت طالق وشبه ذلك، والكناية على ثلاثة أضرب: كناية ظاهرة: كخليفة، وبرية، وحرام، وحبلك على غارك، وهي ثلاثة في المدخول بها وينوي في أقل في غير المدخول بها. وكناية محتملة كقوله: اذهبي وانصرفي وشبه ذلك. وكناية لا يقتضي لفظها طلاقاً كقوله: اسقيني ماءً أو البسني ثيابك فلا شيء عليه إلا أن ينوي الطلاق أ هـ. فجعل الكناية ثلاثة أقسام وإن قصد الطلاق باسقيني للماء ونحوه من الكناية، وتقدم أن ابن الحاجب جعله قسمًا ثالثاً ليس من الصريح ولا من الكناية، قال الشارح: قول الناظم وبالكنايات بلفظ الجمع يريد أضربها الثلاثة التي فصلها ابن زرقون إليها إذا أريد بها الطلاق. أ هـ وهو ظاهر إلا أنه يسقى النظر في مقابل الصحيح ما هو فالفه أعلم. قال الرصاع في شرح النكاح الذي تحمل به المطلقة ثلاثاً للذي طلقها: والفرق بين التعريض والكتابة أن الكناية إنما يذكر الشيء بذكر لازمه كقولنا: فلان طويل التجاد. والتعريض أن يذكر كلاماً يحتمل مقصوده وغير مقصوده. والقارئ تفيد المقصود. قال - رحمه الله -:

وينفذ الواقع من سكران مختلط كالمعتق والإيمان

ومن مريض ومتى من المرض مات فللزوجة الإرث المفترض

ما لم يكن بخلع أو تخيير أو مرض ليس من المحذور

تقدم أن من أركان الطلاق الزوج وأنه يشترط فيه العقل، فإن فقد العقل بسكر وكان مختلطاً غير طافع فإن طلاقه ينفذ، وكذا عقه، وإيمانه التي حلف بها، جميع ذلك يلزمه وعلى ذلك نبه بالبيت الأول التوضيح: قال في الجواهر: أما السكران بخمر أو نبيذ

بعد الدخول أنت طالق واحدة بآنة إلخ فذكره للدخول هو كالقيد ولم يذكر ذلك في البيت ولا في حبلها على غاربها، وقوله أو نواها بخليتي إلخ وسيأتي قول المتن في هذا وثلاث إلا أن ينوي أقل مطلقاً أي حيث لم ينو بها الواحدة، وأما إن نوى بها هذه فهي المسألة هنا، وإنما ذكر هنا ادخلي ليكون غيره أحرى فافهم والظاهر أنه إذا نوى بقوله أنت طالق الواحدة الباتنة لزم، ويدل له قول ابن عرفة، وإن قال أنت طالق فهو ما نوى فإن لم ينو شيئاً فواحدة، فقوله فهو ما نوى يشمل الواحدة الباتنة. وفي التهذيب: من نوى بآنة طالق الثلاث لزمته إلخ والواحدة الباتنة ثلاث وإن كان ينوي فيها قبل البناء أنه أراد واحدة، ويدل لذلك قول ابن رشد: إن نوى بآنة طالق المبرأة فهي بآنة، ونقله المواق وسلمه وتقدم ما يدل على ذلك غاية في كلامنا قريباً في الطلاق المملك، وصرح بذلك الأجهوري وإن لم يسق ما جلبناه، وابن فجلة قال: إنما تلزمه واحدة في هذا يعني رجعية وذلك لا يظهر أصلاً، وكيف تكون بآنة في قوله ادخلي عند نيته بها الواحدة؟ فكيف بقوله أنت طالق نواياً إياها، اللهم إلا أن يجيب ابن فجلة بأن أنت طالق موضوعة شرعاً للمطلقة الرجعية فافهم.

فالمشهور نفوذ طلاقه قاله المازري: وقد رويت عندنا رواية شاذة أنه لا يلزم، وقال: محمد ابن عبد الحكم لا يلزمه طلاق ولا عتاق. وتأول الشيخ أبو الوليد يعني ابن رشد الخلاف على المختلط الذي معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ ويصيب، قال: (وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء) ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله فيما بينه وبين الناس وفيما بينه وبين الله تعالى إلا فيما ذهب وقته من الصلوات، فقليل إنها لا تسقط، بخلاف المجنون من أجل أنه يادخله السكر على نفسه كالمتعمد لتركها حتى خرج وقتها هـ. ابن عبد السلام: ويظهر من كلام غير واحد من الشيوخ أن الصلاة يقضيها السكران سواء كان مطبقاً أم لا، وأنه لا يختلف في ذلك وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا تلزمه الإقترارات والعقود. قال في البيان: وهو قول مالك وعامة أصحابه وأظهر الأقوال. اهـ كلام التوضيح وعلى هذا التحصيل أنشدنا شيخنا العالم المتفنن أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر - رحمه الله - لنفسه:

لا يلزم السكران إقرار عقود بل ما جنى عتق طلاق وحدود

قوله: ومن مريض يعني أن الطلاق يصح من المريض. ابن الحاجب طلاق المريض وإقراره به كالصحيح في أحكامه، وتنصف صداقه، وعدة المطلقة، وسقوطها في غير المدخول بها إلا أنه لا ينقطع ميراثها هي خاصة إن كان مخوفاً قضى به عثمان لامرأة عبد الرحمن قوله: ومتى من المرض البيت يعني أن من طلق زوجته وهو مريض يعني مرضاً

(ص): وينفذ الواقع من سكران. إلى آخر الآيات الثلاثة. قوله: (وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء إلخ) هذه طريقة ولم يبين هذا الشارح مقابله من الطرق هنا، مع أن المسألة فيها طرق وخلاف شهير، وقد ذكرنا خلافاً كثيراً في المسألة في الشرح، ولكن يأتي في آخر تقريره لهذه الآيات ما أشرنا إليه، وكأنه وقع له تأخير وتقديم في نسخنا، ولكن ما قاله ابن رشد قوي أي كونه كالمجنون عند عدم تمييزه بين ما ذكر من الأمور المتقدمة لانه وافق الباجي في هذا، وهو الذي يدل عليه كلام مالك وهو قول اللخمي في نقل المتطبي، وما ذكره في التوضيح عن اللخمي فأنظره، ويكفي في قوته قول عبد الحميد هو الصحيح وهو قول من حقق النظر من أشياخنا إلخ، وهو الذي يدل عليه كلام صاحب الطور وأبي عمران، بل كلام ابن يونس ربما يدل عليه أيضاً، وهؤلاء فحول المذهب وكلامهم بنفسه كتبناه في الشرح، ومن شرب ما يسكر غير معتمد فالطافح لا يلزمه شيء وغيره الراجع فيه عدم اللزوم، وأما النشوان بالخمير الذي يميز وعلم بالخمير حين شربه فالخلاف فيه، والراجع فيه مضمون بيت ابن عاشر:

لا يلزم السكران إقرار عقود بل ما جنى عتق طلاق وحدود

وقف على السر في الشرح وأمور نافعة يحول الله وقوته وفضله ومته.

مخوفاً فإنه متى مات من مرضه ذلك فإن الزوجة ترثه وإن انقضت عدتها وتزوجت غيره ولا ينقطع ميراثها منه إلا إذا صح صحة بينة. التوضيح قول ابن الحاجب: إلا أنه لا ينقطع ميراثها هي خاصة ببيان لما يخالف فيه طلاق المريض طلاق الصحيح يعني أن المريض إذا طلق زوجته أو أقر بطلاقها لا ينقطع بذلك ميراثها منه بل ترثه إن مات من مرضه ذلك لأنه لما اتهم على حرمانها من الميراث عومل بنقيض قصده، (وإن ماتت هي قبله لا يرثها)، وأخذ عدم إرثه منها من قول المصنف خاصة وترثه سواء كان طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، ثلاثاً أو واحدة، انقضت عدتها أم لا. وقوله إن كان مخوفاً ابن عبد السلام لا خلاف في اشتراط ذلك عند من أثبت لها الميراث، واستدل على وجوب إرثها بما في الموطأ أن عبد الرحمن طلق زوجته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها وفي المقرب قلت له أرايت إن طلق المريض امرأته قبل البناء بها ثم مات من مرضه ذلك؟ قال: قال مالك لها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها، فإن كانت مدخولاً بها كان الميراث واعتدت عدة الطلاق. وإن كان طلاقاً يملك فيه رجعتها فماتت وهي في عدتها انتقلت إلى عدة الوفاة، وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك ثم هلك فلا عدة عليها ولها الميراث، قلت وهل ترث المرأة أرواحاً كلهم يطلقونها في مرضهم ثم ماتوا قبل أن يصحوا وهي تحت زوج؟ قال: نعم. قال الشارح - رحمه الله - : أقول: لم يفصل الشيخ - رحمه الله - كون الطلاق قبل البناء أو بعده لأنه لم يقصد هنا إلا أن يعلم أن طلاق المريض نافذ وأن الميراث لازم سواء طلق قبل البناء أو بعده، رجعيّاً أو بائناً. وقد ذكر كل مسألة في محلها فاعتمد على مراجعته هنالك اهـ وقد اشتمل كلام صاحب المقرب على فوائد، كلها جارية على القواعد. قوله ما لم يكن بخلع أو تخيير البيت يعني أن المطلقة في المرض ترث زوجها إذا مات من مرضه ذلك، إلا أن يكون لها تسبب في الطلاق كما لو بدلت له مالا حتى طلقها، وكما لو خيرها أو ملكها فاختارت الفراق، أو كان المريض غير مخوف فلا ترثه، وما ذكره من عدم إرثها منه إن كان المريض غير مخوف ظاهر كما تقدم في كلام التوضيح عن ابن عبد السلام. وأما عدم إرثها منه في مسألتَي الخلع والتخيير (فهو خلاف المعروف) عند ابن الحاجب والمعروف وهو مذهب المدونة أنها ترثه. قال في المدونة: وإن

قوله: (وإن ماتت هي قبله لا يرثها) هذا قال فيه في المختصر ونفذ خلع المريض وورثته دونه كملكه ومخيرة فيه إلخ. وقوله: ورثته ظاهره طلقها ثلاثاً أو واحدة بائنة أو رجعية انقضت عدتها أو لا، كانت مدخولاً بها أم لا، وهو كذلك في الجميع، وإن كانت المطلقة قبل البناء لها نصف الصداق ولا عدة عليها، ولكن كلامنا في إرثها منه مطلقاً وذلك صحيح. قوله: (فهو خلاف المعروف إلخ) هذا المعروف هو لابن الحاجب، وابن شاس قال ما نصه: فإن كان أصله أي الطلاق من الزوج وكماله منها أو من غيرها كالخيرة والملكة والخالف في صحته على زوجته أو على غيرها فيحتمل من حلف عليه وهو مريض أو المتلاعن أو ما أشبه ذلك فقي تورثها منه قولان

ملكها في مرضه أو خيرها فاختارت نفسها أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه فإنه لا يرثها إن ماتت، وترثه هي إن مات من ذلك المرض اهـ لأنّ الطلاق جاء من قبله ابن عرفة: خلع المريض تام وترثه إن مات. قال أبو عمران وترث من المال الذي أعطته. اهـ وأجاب الشارح بأنّ الناظم اعتمد في استثناء طلاق الخلع تخريج ابن عرفة وفي استثناء التخيير رواية ريار في المملكة في المرض أنها لا ترثه، واستظهر تخريج ابن عرفة في الخلع، قال: لأنّ الطلاق من قبلها فكأنها اختارت أن لا ترث اهـ باختصار. وهذا الجواب ضعيف فقد نصوا

اهـ. بلفظه. وعلل في التوضيح القول بعدم الإرث بقوله ما نصّه لضعف التهمة فيها لأن الفراق وإن كان ابتدائه منه لم يستقل به وإنما تمته هي أو غيرها وهذا مقابل المعروف اهـ. بلفظه. وصرح الباجي في مسألة التحنيث بمشهورية الإرث فيها قائلاً: فالمشهور من المذهب أنها ترثه، وعلى هذا المعروف والمشهور من في المختصر كما رأيته. وقال في المختصر عاطفاً على من لا متعة لها ما نصّه: ومخيرة ومملكة ذكر هذا في آخر فصل الرجعة، وذكر هناك أن الملائنة لا متعة لها وهو قوله لا في فسخ كالعان، وقد قال ابن عطية: وأما الحرة تخير أو تملك أو يتزوج عليها أمة فتختار هي نفسها في ذلك كله فلها المتعة لأن الزوج سبب الفراق وعليها هي غضاضة في أن لا تختار نفسها إلخ. وحاصل ما في التوضيح أن المسألة فيها روايتان بالمتعة وعلمها. وصرح ابن بشير وابن شاس بمشهورية عدم المتعة، ابن الحاجب عنده نسختان واحدة موافقة لما ذكره ابن بشير وابن شاس وواحدة ذكرت أن المشهور هو المتعة، وقال في التوضيح للنسخة الأولى قال كاتبه عفا الله عنه وتقبل بفضله منه كلام الناس ربما يدل لرجحان المتعة وإن مرّ على عدمها في المختصر، ويدل لهذا ما ذكره من ثبوت الإرث لها في طلاق المريض هنا، اللهم إلا أن يقال باب الخلع أصيب بدليل أن الملائنة ترث ولا متعة لها على المشهور، ولكن من وقف على كلام الناس في الكلام على المتعة في الشرح وجد أن العلة في عدم المتعة هي العلة في عدم الإرث وهي كونها لها دخل في الطلاق، وعلة الإرث هي علة المتعة لأن عليها غضاضة^(٨٢) في ترك اختيار نفسها وقد ملكها طلاقها، وبما يقوي أن المخيرة والمملكة لهما المتعة قول القرافي عند الكلام على إسلام الزوجة ما نصّه: انظر لو خير الرجل امرأته قبل البناء فاختارت نفسها لم يسقط لها نصف الصداق لأن الطلاق من جهة الزوج لا من جهتها قاله ابن الجلاب اهـ. بلفظه. فهذه ثلاث مسائل متحدة في الحكم أو متقاربة، ولعل صاحب التحفة مرّ في الإرث على ما شهره ابن بشير وابن شاس في عدم المتعة إذ الباب واحد وإن لم يقع تشهير في خصوص الإرث، وضعف هذا الكلام ابن الناظم الذي أشار له هذا الشارح لكنه لم يكمله. وقوله هذا الشارح فقد نصوا على أن القول المخرج إلخ ليس الأمر فيه كذلك، والدليل على ذلك قول ابن الناظم هنا نفسه، ولو كان الأمر كما ذكر هذا الشارح لم يخف لأن قوله فقد نصوا ظاهر في كونه أمراً غير مختلف فيه وما هو كذلك لا يخفى على الفحول غالباً، قد قال بعدم المتعة في الملائنة، مع أن الملائنة علل ابن يونس فيها عدم المتعة لأن متعتها فسخ لا طلاق.

على أن القول المخرّج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى، وإنما يذكر تفقّها وتفثّنًا فقط، وأضعف منه مخالفة المدونة، والعمل على رواية زياد في مسألة التخيير والله أعلم. قوله: وينفذ الواقع أي الطلاق الواقع وقوله: مختلط هو الذي معه بقية من عقله. هذا محلّ الخلاف على طريقة ابن رشد والمشهور لزوم طلاقه، ومفهوم مختلط أن غير المختلط وهو الذي لا يعرف الأرض من السماء لا يلزمه شيء اتفاقًا وهو كذلك على هذه الطريقة، وطريقة ابن بشير عكس هذه إن كان في حال تمييزه لزمه الطلاق باتفاق، وإن كان مغمورًا فالمشهور عدم اللزوم، ونقل بعضهم ذلك عن ابن شعبان وعياض التوضيح وظاهر كلام اللّخمي أن الخلاف في السكران مطلقًا سواء كان معه، ميزًا أم لا. وكذلك حكى ابن رشد عن المازري أنه قال: المشهور لزوم طلاقه والشاذّ عدم لزوم طلاقه ولم يفصل اهـ وهذه طريقة نائلة التوضيح: فيتحصّل في المسألة ثلاثة طرق. وقوله: «فللزوجة الإرث المفترض أي المفترض لها شرعًا من ربع أو ثمن، وقوله: ما لم يكن أي الطلاق بخلع إلخ أي فلا ترثه حيثئذ، وتقدّم أن هذا غير معروف، والمعروف وهو مذهب المدونة أنها ترثه والله أعلم.

تنبيه: تقدّم إن كان من أركان الطلاق القصد فلذلك لا يلزم المجنون والمبرسم الذي لا يعقل والمريض المغلوب على عقله، ونقل القاضي عياض في مداركه عن بعض الأئمة أنه سئل عن طلاق اللّاهل بقول السائل:

أيا قاضيًا فاق الأنام بعلمه وأرى عليهم بالنهي والفضائل
فديتك هل يجري الطلاق للّاهل فردّ فأتت اليوم قطب المسائل
فأجاب:

إذا كان ذا عقلٍ فطلق زوجته فقد لزم التطبيق يا خير سائل
وإن كان معتوهاً ولا عقل عنده يقينًا فلا يمضي طلاقٌ للّاهل

اهـ. من شرح القلشاني على الرسالة، وتقدّم أنه إن لم يلزم طلاق السكران وإن اختلّ فيه القصد؛ لأنه كالتعمّد لإدخاله ذلك على نفسه اختيارًا.

والخلف في مطلقٍ هزلًا وضح ثالثها إلا إن الهزل اتضح

(ص):

(والخلف في مطلق هزلًا وضح ثالثها إلا إن الهزل اتضح)

يعني أنه اختلف فيمن طلق على وجه الهزل واللعب على ثلاثة أقوال: قيل: يلزمه وهو المشهور، وقيل: لا يلزمه، ثالثها: إن اتضح الهزل ويان لم يلزم وإن كم يتضح ولم يَنْ فيلزم. ابن الحاجب: وفي الهزل في النكاح والطلاق والعتاق ثالثها: إن قام عليه دليل لم يلزم التوضيح (ويلحق بالثلاث) الرجعة، والمشهور لزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة» (٨٣) قال: وهو حسن غريب والقول بعدم لزوم في السليمانية، لكن إنما ذكره في النكاح، والقول الثالث في كلام المصنف نقله ابن شاس عن اللخمي ابن عبد السلام والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان، وما ذكره من القول الثالث وهو شرط قيام الدليل على عدم لزوم يعدونه من تمام القول الثاني؛ لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى اهـ. (وكلام ابن عبد السلام ظاهر) بل متعين لا يعدل عنه والله أعلم.

ومالك ليس له بملزم لكرهه في الفعل أو في القسم

قوله: (ويلحق بالثلاث إلخ) الذي هزله كالجد أربعة: النكاح والطلاق والرجعة والعتق، وإن شئت قلت في الثلاثة الأول النكاح وحله ورده. قوله: (وكلام ابن عبد السلام ظاهر إلخ) عبارة ابن شاس هي قوله للمسبب الثالث الهزل، ولا يؤثر ذلك في منع وقوع الطلاق والعتاق بل يخفي عليه ويشذ وكذلك النكاح، قال أبو بكر بن محمد يلزم، ونكاح الهالول لازم، وروي في السليمانية نكاح الهزل لا يجوز، واختار أبو الحسن اللخمي إن قام دليل على الهزل لم يلزم عتق ولا طلاق ولا نكاح ولا شيء عليه من الصداق وإن لم يقم ذلك لزمه نصف الصداق اهـ. بلفظه. وقوله السبب الثالث أي من الأسباب الخمسة التي توهم اختلال الطلاق، واختصره ابن الحاجب بقوله: وفي الهزل في النكاح والطلاق والعتق. ثالثها: إن قام عليه دليل لم يلزم هذا لفظه، وقرره في التوضيح بما رأيته في هذا الشارح ونقل كلام ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة: وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقاً وهزل طلاق لفظه عليه المعروف لزومه إلخ. ونقل بعض كلام ابن شاس ولم يعترض شيئاً منه. ونقل كلام اللخمي وسلمه ثم نقل كلاماً ثم قال بعده ما نصه: فيقوم. نقل ابن الحاجب القول الثالث بلفظ هزل الطلاق لا بقيد قيام دليله، ولم يحك ابن رشد في طلاق الهزل خلافاً، ثم قال: ولم يحكم ابن العربي في لزوم طلاقه الهزل وعتقه خلافاً إلخ. والحاصل المنهج لزوم الطلاق مطلقاً ولذلك قال في المختصر: ولزم ولو هزل ولم يفصل التفصيل المتقدم وهذا هو المشهور كما صرح به ابن الناطم وغيره، وما قاله ابن عبد السلام ينظر فيه، فإن ما قام عليه الدليل ربما يكون فيه زيادة على ثبوتيه بعدلين على إقرار المطلق مثلاً.

(ص):

(ومالك ليس له بملزم لكرهه في الفعل أو في القسم)

(٨٣) إحد عشر: أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والحاكم في المستدرک (١٩٧/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤١/٧)، وحسنه الشيخ الألباني في الإرواء (١٨٢٦)، وفي صحيح الجامع (٢٠٢٧).

يعني أن من طلق مكرهاً عليه غير طائع بل لحوفه على نفسه أو ولده أو ماله أو حلف بالطلاق كذلك مكرهاً ثم حنث فإن الإمام مالكاً رضي الله عنه لا يلزمه طلاقاً في الوجهين فمميز له للطلاق وله يتعلق بملزم، ولا يختص هذا الحكم بالطلاق واليمين بل وكذلك من أكره على بيع أو شراء أو نكاح أو عتق أو إقرار أو غير ذلك كل ذلك لا يلزمه هذا كله في الإكراه على الأقوال، وأمّا الإكراه على الأفعال فقال الشيخ ابن غاري والأفعال التي ذكروا في الباب ضربان: أحدهما: الفعل الذي يقع به الحنث كمن حلف لا أفعل كذا فأكرهه على فعله، أو حلف ليفعلن كذا وقت كذا فحيل بينه وبين ذلك حتى ذهب الوقت، كانت يمينه على بر أو حنث. وفيه طرق الأولى: طريقة اللّحيمي قال: إذا حلف بالطلاق أن لا يفعل شيئاً فأكروه على فعله مثل أن يحلف أن لا يدخل دار فلان فحمل حتى أدخلها، أو أكرهه حتى دخل بنفسه، أو حلف ليدخلها في وقت كذا فحيل بينه وبين ذلك حتى ذهب الوقت فهو في جميع ذلك غير حائث. وطريقة ابن رشد قال في حنثه ثالثها: يحنث في يمين الحنث لا البر وهو المشهور. وعليه اقتصر الشيخ خليل في باب الأيمان حيث قال: ووجبت به إن لم يكره يسر وهذا في الحالف على فعل نفسه لا غير. الضرب الثاني: الأفعال المنوعة شرعاً وذلك مثل شرب الخمر، وأكل لحم الخنزير، والسجود لغير الله تعالى، والزنا بالمرأة المختارة لذلك، والمكرهه على أن يزني بها ولا زوج لها، وما أشبه ذلك مما يتعلق به حق المخلوق (قال ابن رشد): وأمّا الإكراه على الأفعال) فاختلف فيه في المذهب

قوله: (قال ابن رشد: وأمّا الإكراه على الأفعال إلخ) قال في المختصر عاطفاً على ما قبله مما يفيد فيه الإكراه: وكذا العتق والنكاح والإقرار واليمين ونحوه. وأمّا الكفر وسبّه ﷺ وقذف المسلم فإنما تجوز للقتل، كالمرأة لا تجد ما يسد رمقها إلا بمن يزني بها وصبره أجمل لا قتل المسلم وقطعه وأن يزني إلخ. وتلخيص هذا أن المصنف ذكر ثلاثة أنواع ما يكون فيه الإكراه بكل مؤلم وهو الطلاق وهو مضمون قول المتن: وكذا العتق إلخ، وما يكون فيه بالقتل وهو الكفر والسب المذكور وقذف المسلم وهو قوله: وأمّا الكفر إلخ، وما لا إكراه فيه مطلقاً وهو قوله: لا قتل المسلم إلخ. لكن المراد بالزنا ما يتعلق به حق الغير كزوجة الغير أو أمته، أو أكرهت المرأة نفسها لا إن أكرهت هي من يزني بها، فيكون هذا المكره بالفتح يؤخذ من قول المتن كالمراة إلخ، ولكن الإنعاط والانتشار يدل على الاختيار فلا يتحقق فيه إكراه كما يأتي في باب الزنا، ولم يذكر في المتن مسألة الخمر والخنزير فدخل في قول المتن بخوف مؤلم، وكذا الإفطار في رمضان وغير ذلك مما يتصور، هذا تحقيق للحل، وبه تعلم ما عند الناس من ارتاب قليظ الشرح فلن فيه كلام الناس مبسوطاً غاية والحمد لله، وبه تعلم ما ذكره هذا الشارح في تقريره، وقول المختصر بخوف مؤلم ظاهره وإن لم يخف ولم يهدد مع أن ابن الحاجب وابن شاس وابن عرفة وغيرهم كلامهم يدل على خلاف ذلك، ولكن المصنف لا يخالف كلام ابن شاس وابن الحاجب غالباً إلا لعدم ارتضائه ذلك، وبيننا وجه ما مر عليه في المختصر من كلام الناس، ولكنها يجب أن يتفطن له أن قرائن

على قولين: أحدهما: أنَّ الإكراه في ذلك إكراهٌ. وهو قول سحنون والثاني: أنَّ الإكراه في ذلك لا يكون إكراهًا ينتفع به، وإلى هذا ذهب ابن حبيب وأما ما يتعلق به حق المخلوق كالقتل والغصب وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أنَّ الإكراه غير نافع في ذلك، وفي ذلك قال الشيخ خليل لا قتل مسلم، وقطعه، وأن يزي. وإذا اعتبر الإكراه في الأفعال فأحرى أن يعتبر في الأقوال، قال في الأخيرة: لأن المقاسد لا تتحقق في الأقوال لأن المكره على كلمة الكفر معظّم لربه في قلبه، والایمان ساقطة الاعتبار بخلاف شرب الخمر والقتل ونحوهما فإنّ المفاسد فيها متحققة. وعبر ابن عبد السلام عن الفرق بينهما بأن القول لا تأثير له في المعاني ولا اللوات بخلاف الفعل فإنه مؤثرٌ أ هـ. وفي التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب ولا أثر لطلاق الإكراه فروعٌ مفيدة فراجع إن شئت فيبقى الكلام فيما هو إكراه أو ليس بإكراه قال ابن الحاجب: ويتحقق الإكراه بالتخويف الواضح بما يؤلم من قتل، أو ضرب، أو صفع لأي مروة من سلطان أو غيره. وفي التخويف بقتل أجنبي قولان بخلاف قتل الولد، وفي التخويف بالمال ثالثا إن كان كثيرا تحقق. أ هـ. وفي المرقب: قلت له: فطلاق المكره وعتقه ونكاحه قال: لا يلزم شيء من ذلك. وقال ابن رشد: اتفق مالك وأصحابه أنَّ المكره على اليمين لا تلزمه اليمين إذا كان إكراهه شيء يلحقه في بدنه من قتل أو ضرب أو سجن أو تعذيب، أو كانت يمينه فيما كان لله فيه معصية، أو فيما ليس له فيه طاعة ولا معصية، وسواء هدد قليل له: إن لم تحلف فعل بك كذا وكذا أو استحلف ولم يهدد

الأحوال تقوم مقام التهديد والتخويف، والناس يتفاوتون في الجلد وضربه بالقوة والضعف، وكذلك المخوف منه يختلف باعتبار ما عرف منه من البطش والفتك بالناس وعجلته وضلها وعدم مبالاة بالناس، فما ظهر للمخالف المكره يعمل عليه في نفسه ويعمل عليه المفتي بما ظهر له من القرائن، وفي بعض المواطن يكون الأمر لا يحتاج فيه إلى تهديد أصلاً، ألا ترى أن عامل البلد وهو معروف بأخذ المغارم ومعاينة الناس بلا ثبوت بينة فإنك تجد أهل البلد منهم المخضفي والسارب والمقيم على خوف والهارب فإذا قدم وجلب إليه مسكين وجلس بين يديه يدهش غاية ويعجز عن تلقيق الكلام، وربما يرتعد جبراً إذا صار كالصفرور بيد صائده، والحرس دائرون به من كل جانب، وقد رأى كثيراً من أمثاله عذب عذاباً شديداً، وربما قتل أو حيف أو طيف به أو سجن طويلاً في الحديد مع توالي أنواع العذاب عليه، فإذا قال له هذا البائد قد فعلت كيت وكيت أو كيف تفعل كيت وكيت والحالة ما ذكر فكيف يحث هذا المقهور إذا بادر باليمين بطلاق ونحوه أنه لم يفعل دفعا لهذا البلاء العظيم، هذا لا نقوله ولا نوافق عليه، ومن ارتاب فاعرب بالباب فليقف أو يسأل، نسأل الله الرؤوف بالعباد الكريم الجواد أن يقينا وضعفاء المسلمين من هذا البلاء المبين بحرمة سيد المرسلين ورحمة العالمين عليه من صلواته سبحانه ما هو أهل له، فافهم هذا فقد شاهدنا منه ما يعلمه سبحانه وسمعنا منه ما لا يعد كثرة سماعاً متواتراً، والله الوافي من كل آفة ومن كل علة.

فحلف خوفاً من ذلك ما لم يحلف هو متطوعاً باليمين قبل أن يستحلف اهـ. والتخويف بما ذكر إنما هو في غير الإكراه على الكفر، وسب النبي، والعياذ بالله، وقذف المسلم، أما هذه الثلاثة فلا يعتبر الإكراه فيها إلا بالقتل لا بالضرب والسجن ونحوهما، وفي ذلك يقول الشيخ خليل وأما الكفر وسبه عليه الصلاة والسلام وقذف المسلم فإنما يجوز للقتل.

فصل في الأيمان اللازمة

وكل من يمينه باللامزة له الثلاث في الاصح لازمة

فصل

وكل من يمينه باللامزة إلى آخر الآيات الثلاثة. هذه المسألة أكثر الناس الكلام فيها غاية وغير فيه الولوع النهاية، فلا بد من كشفها بحسب طاقة الإنسان وعلى الله التكلان. قال في المختصر وفي على أشد ما أخذ أحد على أحد بت من يملك وعقده وصدقه بثله ومشى لحج وكفارة ورید في الأيمان تلزمني صوم سنة إن اعتيد حلف به وفي لزوم شهري ظهار تردد اهـ. وقد أطال في الفائق الكلام على المسألة وأسهب في ذلك، وقد قال تحصيل المسألة هل يلزم الخالف بها شيء أم لا؟ فذهب الأبهري وأبو عمر وابن العربي إلى أنه إنما يلزمه الاستغفار واستدل لذلك تبعاً لهم ثم قال: وهذا مذهب مرغوب عنه، وقيل يلزمه وهو المشهور والمعلوم من مذهب مالك وأصحابه، وإذا فرغنا على المشهور فقد اختلف المذهب واختار الشيوخ المتأخرين فيما يلزم قليل كفارة يمين بالله وهذا قول الشافعي وأبي عمر بن عبد البر وجماعة من المتأخرين، ثم ذكر استدلالهم ويبحث فيه ثم قال: وهذا القول ليس بالظاهر في القياس ولا بالبين في الحجة، وقيل يلزمه ثلاث كفارات يمين بالله وإليه ذهب الطرطوشي وابن العربي أيضاً والسهيلي وهو اختيار ابن علوان، وقيل يلزمه جميع الأيمان وهو المشهور في المذهب، وإذا فرغنا عليه فقد اختلف المذهب في عدد ما يلزم من الطلاق، فذهب ابن أبي زيد وأبو بكر بن عبد الرحمن ومعظم القرويين والأندلسيين إلى لزوم الثلاث، وتابعهم على ذلك من شيوخ الأندلسيين ابن بدر والقرشي والتميمي وابن رافع، وبه أفتى الفقهاء أيام قضاء ابن ذكران وفيهم ابن عتاب وابن القطان وابن مالك، وكان يقال ذلك عن ابن مالك في السر، وروي مثله عن أبي إسحاق وهو الصحيح عند التونسي وابن يونس واللخمي وعبد الحميد والملازري وابن الحاج، واختلف في ذلك قول أبي عمر الإشبيلي وأبي عمران القاسمي أي في لزوم الواحدة أو الثلاث، واختار ابن يونس الثلاث لقصد الناس التشديد على أنفسهم في الحلف بها، واستحسنه ابن الحاج الباجي وهو الأظهر، القباب: وبه كان يفتي أهل فاس وأشباههم وقبلهم من لدن عصر قديم لا نزاع في ذلك بينهم يرون ذلك مذهباً وديناً لا تجوز مخالفتها، ويبالغون في الإنكار على من يفتي بتبديل ذلك، وليس ذلك جهلاً منهم بما فيها من الخلاف لأنهم رأوا أن العرف فيها قد تقرر على إرادة الطلاق استغراق جميعه،

وقيل بل واحدة رجعية مع جهله وفقده للنية

وقيل بل بائنة وقيل بل جميع الإيمان وما به عمل

وفهما ذلك من الخاصة والعامة فهما قطعياً، والحجة لهذا أن الحرام في المدخول بها ثلاث وهي: من جملة الإيمان، فيلزمنا أن نلزمه من كل نوع من أنواع الإيمان أو غيرها. ثم قال: وذهب القاسي وأبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن في أحد النقلين عنهما، وابن المكوي وابن الكاتب إلى لزوم الواحدة الرجعية، وتابعهم على ذلك من شيوخ الأندلس ابن زهر وغيره، وبه أجاب ابن الحاج ومحمد بن الفرج، قال الباجي وهو قول أكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية وبعض الأندلسيين وهو أقيس إذا لم تكن للحالف نية ثم قال: وإلى هذا أي لزوم الواحدة الرجعية ذهب غير واحد من علمائنا المتأخرين، قال بعضهم: وبلغني أن قوماً من عصرنا يفتون بذلك قال: والحجة لهؤلاء هي مسألة مالك في المدونة وهي من شك هل حلف بطلاق أو بعنتى أو بصدقة أو بمشي؟ قال: يطلق امرأته ويعتق عبيده ويتصدق بثلث ماله ويعشي إلى بيت الله ولا يجبر على شيء من ذلك، وهذا هو الذي استحسنته ابن محرر وأنه يلزمه أدنى الطلاق والصدقة ونحو ذلك، بدليل أنه إذا صرح بالطلاق فإنه تلزمه واحدة. ثم ذكر على ابن لبابة تنوية هذا الحالف فإن قال: لم أؤو الطلاق أو لم أؤو إلا واحدة صدق، ومثله عن أبي عمران فإن زعم أنه قصد بعض الإيمان دون بعض صدق مع يمينه، وإن قال: لم أؤو شيئاً وعمم لزمه غاية التشديد وما جرت به عادة الحالفين، فإن لم ينو عمومها ولا خصوصاً فهو موضع الإشكال ويؤمر بالاحتياط والتزام ما يخاف أنه دخل تحت لفظة بعرف الاستعمال ولا يقضى عليه بذلك. ثم قال: وذهب بعض فقهاء طليطلة فيها إلى لزوم طلاقة بائنة، وبه أفتى ابن زهر ورواه ابن سهل لأن الطلقة البائنة لا تكون إلا في حكم أو وجوه معروفة. وقال ابن المناصف: إن نوى عمومها أو خصوصاً لزمه منويه، وإن نوى مسماها عرفاً عالمًا أن منه الطلاق وهو أكثر الواقع في زماننا فطلقة واحدة، وإن نوى مطلق اليمين جاهلاً مسماها عرفاً احتمل السقوط، وكفارة يمين ابن بشير إن قصد التعميم فثلاث وإلا فواحدة، واختار عبد الحميد الثلاث، ونقل عن السيوري نقض حكم من حكم فيها بواحدة، ثم نقل احتجاج ابن رشد للثلاث بأن هذا أمر معروف إنما يقصد بهذه اليمين التشديد مع معرفته بما يلزم في ذلك، حتى لو سئل الحالف لأجاب بلفظ التغليظ، فقد قاربت المسألة اليوم الخروج عن الخلاف ثم قال: والقول بهذا وبطلاق الستة أحسن الأقاويل وأشبه بطريقة العلم إلخ. وساق أيضاً كون الأمراء يحلفون الناس في البيعة بهذه اليمين دليلاً وهو أمر ظاهر إلخ. وهذا منه باختصار وما فيه من بعض الاختلاف في النقل عن الشيوخ الواحد هو كذلك في نسخنا، ولعله اختلاف في النقل عن الشيخ أو اختلاف قوله في المسألة. وقال القرافي في هذه اليمين: إن الفقهاء لاحظوا فيها ما غلب الحلف به في العرف وما جعل يميناً في العادة فالزموه إياه لأنه المسعى العرفي فيقدم على المسعى اللغوي هذا لفظه، ولهذا قال: يلزم فيها كلها وكلها ولا يلزم كلها وكلها، لأن اللزوم من هذه الأمور هو المشتهر الذي جرت به عادة الناس أن يحلفوا به بخلاف غيره، ولو تبدل عرف الناس تبدل الحكم، وهذا تحقيق مجمع عليه، وعلى هذا التحرير يظهر أن عرفنا اليوم أي بمصر ليس فيه الحلف بصوم

يعني أنّ من حلف بالايمان اللارمة فقال مثلاً: الايمان تلزمني، أو ايمان البيعة تلزمني. كلها في بعض نسخ ابن الحاجب أو قال: الايمان لازمة لي، أو جميع الايمان أو الايمان كلها تلزمني، فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال: الأول: تلزمه الثلاث ففي المتنّ للهاجي

شهرين مستأعين، فلا ينبغي أن يلزم في هذه اليمين بهذا، وعادتهم يقولون عهدي حر وامراتي طالق وعلي المشي ومالي صدقة إن لم أفعل كذا فيلزم بهذه الامور، وأطال في هذا قال وعلى هذا تجري الفتاوى في الايمان. ونقل عن ابن عبد السلام مثل هذا بل قال: إذا استفتاه رجل من غير بلده سألته عن عرفه وبعد ذلك يجيبه ولا يجيبه بعرفه أي المفتي، وذكر عن بعض المفتين أنه إذا جاء من لا يعرف مدلول هذه الكلمة قال له لا شيء عليك، قال بعضهم: وهذه الطريقة أنسب، ثم قال عن بعضهم أيضاً: إن نوى شيئاً لزمه ما نوى وإلا لزمه طلاقة إلخ. وذكر أيضاً عن البجائي أنه ينظر إلى استعمال الالفاظ في اللارمة عند أهل الخالف، فاما أن يكون في جميع الايمان ما يحلفون به وما لا يحلفون به أو فيما يحلفون به فقط أو لا عرف عندهم في ذلك، ففي الثاني لا يلزمه إلا ذلك فيخصص عموم اللفظ، وفي الثالث لزمه جميع الايمان أي حيث لا عرف وحلفهم ببعض الايمان فقط إلخ. أي وفي الأول يلزم الجميع ولا إشكال. ونقل عن بعضهم أنه مال لعدم الزوم في المسألة لأن هذا من باب قوله: كل امرأة أتزوجها طالتي لانه من باب الحرج، وذكر كلاماً كثيراً، هذا رتبة المحتاج إليه في المسألة، وذكر عن بعضهم أن ما في المسألة إفراط وتشديد، هذا تمام ما نقلناه عن الفائق، وملخصه أن المشهور وللذهب هو ما في المختصر والقول بالواحدة الرجعية قال به كثير ولكن في ذلك نظر تراه قريباً إن شاء الله تعالى وأنه خطأ، والقول بالواحدة الباتنة قائله قليل غاية مع اعتراض ابن سهل له، وإن كان اعتراضه قد لا يسلم، لأن الطلاقة المملكة هي التي تعرفها العامة وجري طلاقهم بها كما قدمناه في الطلاق المملك وما كثر مكنها يحلف به في الغالب، ولكن القول بالواحدة الباتنة غير صواب كما تراه في كلام الناس، ومن لم يعرف مسمى هذه الكلمة يظهر رجحان أنه لا شيء عليه من كلامه، وأن اللارم بها إنما هو ما اشتهر الحلف به في بلد الخالف لا غير، والقول إنما في هذه اليمين الاستغفار مرغوب عنه، وكذا لزوم كفارة فإنه غير بين، وأما لزوم ثلاث كفارات فليس بمرغوب عنه ولا غير بين، وقال في التحفة:

وكل من يمينه باللازمة له الثلاثة في الاصح لازمة

وقيل بل واحدة رجعية مع جهله وفقده للنية

وقيل بل باتنة وقيل بل جميع الايمان وما به عمل

وذكر من شرحه أنه إذا قالك تلزمني بيمين البيعة فذلك كالايان اللارمة، وقوله وما به العمل فيه شيء كما أشار إليه بعض شراحها. ونقل ابن الناطم عن ابن لب بعد ترجيحه الثلاث ما نصه: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا ابن سراج صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا لم تكن له نية في الثلاث على وفق الاشياح الثلاثة: القابسي وابن عبد الرحمن وأبي عمران

حكى الشيخ عبد الحق عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنها ثلاث، قال: وهو الأظهر عندي على أصل مالك ولاستظهاره أشار الناظم بالأصح. الثاني: تلزمه طلاقة رجعية إذا لم تكن له نية. الثالث: تلزمه طلاقة بائنة. التوضيح في باب الأيمان: وإذا قلنا بلزوم طلاقة فهل هي بائنة أو رجعية؟ حكى بعضهم في ذلك قولين، والذي كان يفتي به الشيخ أبو محمد لزوم الثلاث وهو الصحيح عند التونسي والحميدي وعبد الحميد والمازري وغيرهم، حتى أن السيوري أفتى بتقص حكم حاكم أفتى بواحدة، وحكى ابن بشير قولاً بالفرق بين أن يكون قصد بقوله الأيمان تلزمه العموم فتلزمه الثلاث، وإن لم يكن له مقصد في ذلك لزمته

ومن وافقهم على ذلك، وربما يستظهر بتحليف الخالف على عدم علمه الحكم فيها إلخ. ونقل عن الشيخ يحيى السراج ما هو قريب من هذا، أما الحميدي فقال: الذي أفتى به ابن سراج هو الذي ترتضيه ونختاره تبعاً لذلك الإمام، وأما السراج فقال: من قلّد الذي قال لا شيء في هذه اليمين فهو مخلص له لأن من قلّد عالماً لقي الله سالماً، وانظر كلام هذين الشيخين مع ما قاله القباب في عرف فاس أدامها الله لاهلها وأمنهم بها فإنه ربما يدل على أن العرف الذي قال القباب انتقل وإلا فكلاهما غير صحيح، ويبعد عدم وقوعهما على كلام القباب أو عدم معرفتهما لعرف فاس، وانظر سكوت الشيخ ميارة عن ذلك. وقال ابن سلمون: إن كانت للمعالف في هذه اليمين نية عمل عليها اتفاقاً لأنها من الكنيات المحتملة. وقال بعض المتأخرين: فإن جرى عرف فيها حمل عليه عند الإطلاق اتفاقاً لأنها من الكنيات المحتملة. وقال بعض المتأخرين: فإن جرى عرف فيها عمل عليه عند الإطلاق أو عند النية المخالفة للعرف. وفي تبصرة ابن فرحون: إن جرى عرف في هذه اليمين يتبادر للذهن من غير قرينة عمل عليه، وإلا فما نواه أو دلّ عليه بباط وإلا فلا شيء عليه إلخ. وهو كلام حسن غاية. وفي المعيار في المسألة ما نصّه: يقع عليه الطلاق بحسب عرفه بموضعه وما يريدون باللازمة، فإن كان مجرد الطلاق لزمه واحدة، وإن كانت الثلاثة لزمته الثلاث عند أهل كل قطر، ثم ذكر أن ابن سراج نازعه غيره في العرف عند الأندلس فإن العرف جار في ذلك الوقت بالثلاث، وفي المتيطة تلزمه طلاقة واحدة إذا لم تكن له نية إلخ. وبه تفهم أن الطلاقة إنما تلزمه عند عدم النية. وقول ابن عاصم مع جهله وقلقه للنية فانظر قوله مع جهله، وقد قال الشاطبي: يلزم في هذه اليمين ما جرى به العرف وعرفنا فيها الثلاث عرفاً ظاهراً إلخ. وقد قال من نظم ما به عمل فاس ما نصّه:

وعلمم للزوم في إيمان لازمة شاعت مدى أزمان

واستدل في شرحه على ذلك بفتوى السراج والحميدي قال: وأفتى به شيخنا الوالد أيضاً يعني سيدي عبد القادر الفاسي رضي الله تعالى عنه، وفي هذا الإطلاق ما لا يخفى فإن كلام السراج والحميدي لا يعتمد، وما يضعف ما قاله السراج والحميدي ومن تبعهم من أهل فاس قول الباجي في متقاه ما نصّه: أجمعوا على أنها إيمان لازمة أي الأيمان اللازمة يجب بها الطلاق إلى آخر ما في المختصر، وأبو عمر الذي اعتمدوا عليه رأيت في الفائق له خلاف ذلك وهو منقول فيه

واحدة^١ هـ. القول الرابع: مما حكى الناظم لزوم جميع الايمان ابن الحاجب: ولو قال الايمان تلزمه أو ايمان البيعة ولا نية تخصّص فالجميع اتّفاقاً، وفي لزوم طلبة أو ثلاث قولان فيلزمه عتق من يملكه حين الحنث، والمشي إلى بيت الله وصدقة ثلث ماله وكفارة يمين وكفارة ظهار وصيام سنة إن كان معتاد اليمين بها. التوضيح: قال الطرطوشي ليس لملك ولا لأصحابه في هذه المسألة قول يؤثر وإنما تكلم فيها المتأخرون، وفيها أربعة أقوال في

في موضعين، وقال أيضاً فيما قاله الأبهري وابن عبد البر هي طريقة مرغوب عنها والمشهور خلافها، وما حكاها في الفائق من الأقوال وهي خمسة أقوال، الأولى: الرجوع إلى النية. ثانیها: كذلك ويستحب له أن يطلق له ثلاثاً. ثالثها: طلبة بائة. رابعها: يلزم الثلاث. خامسها: إطعام ثلاثين مسكيناً، وهو حاك لذلك عن ابن العربي بحسب ظاهر كلامه، فليست هذه الأقوال هكذا هي بدليل كلامه ونقله لغير هذا وكلام غيره. وفي المواق عن ابن المولاز من قال عليه ايمان البيعة فلما حلف قال لم أرد الطلاق صدق. وقال الباجي: وكذلك العتق على ما رواه عيسى عن ابن القاسم، ومثله حكى البررلي. وأما نحو المشي والعتق غير المعين فلا خلاف في تصديقه، ومن حلف بالحلل عليه حرام وهو جاهل بأن الطلاق يدخل في ذلك قال ابن رشد: إن جاء مستفتياً الاظهر أنه لا يلزمه، وكذلك الحكم في كنيات الطلاق البينة، ومن تخرج أن يحلف باللارمة فكفى عنها فقال تلك اليمين تلزمني توقفت في طلاقه وأفتى غيري بالطلاق، وابن رشد أيضاً لا شيء عليه إذا قال يا مطلقة ولم يرد به الطلاق اهـ. منه باختصار لطوله. وفي نوازل ابن رشد: إن كان الخالف باللارمة يظن أن الطلاق لا يلزمه بها في امرأته فلا طلاق عليه، ولكن يلزمه ما يلزمه في الايمان اللارمة، وما قدمناه عن الباجي من تصديق النواي إذا جاء مستفتياً نقل ابن عرفة عن غير تنويته قال: وظاهره ولو كان غير مستفت، وقد تحصل من هذا أن المشهور في الايمان اللارمة هو ما في المختصر وهو الذي به عمل فاس وهو الصحيح الذي اتضح دليل غاية، والطلقة الرجعية وإن قال بها كثير فضعيف باعتبار حجته أو هي خطأ، وكذا عدم اللزوم لشيء فإنه مرغوب عنه، وكذا التكفير بواحدة وثلاث كفارات يظهر أيضاً ضعف ذلك من الانتقال، وكذلك الواحدة البائة، ومحل الخطأ حيث لا نية ولا جهل ولا لزوم ما نرى فقط، والجاهل بمعنى هذه اليمين لا شيء عليه على خلاف في ذلك والبساط كالتنية، والذي يدخل في هذه اليمين ما كثر الحلف به كما رأيته في كلام الغرافي، وعبرة ابن عبد السلام في هذا ما كثر الحلف به في الجهة التي يسكنها الخالف فما حقق كثرة استعماله دخل في هذه اليمين، وما حقق عدم استعماله لم يدخل ويحاط مع الشك اهـ. وقد لفتنا هذا التحصيل وغيره مما تقدم بما نصّه:

وحالف مكلف باللارمة فيه اضطراب عند من قد علمه
أشهره هو الذي في المختصر دليله أقوى من كل ما ظهر
ثم يليه طلقة رجعية لكن ذا حجته مرمية
وكل مقسم به قد شهرا في بلد الحلف فيه اعتبرا

المذهب، نقل عن الأبهري أنه لا يلزمه غير الاستغفار، وعن الطرطوشي وابن العربي السهيلي أن عليه ثلاث كفارات الطرطوشي: ولا يدخل في يمينه طلاق ولا عتاق إلا أن

دخوله هنا بلا تقييد ^٩	وغيره يلغى فخذ واعتمد
وكل ذا في حالف قد عرفا	مدلولها وجاهل قد وصفا
بجهله به فلفوها وجد	على تردد لدى من قد قصد
وحالف بعلم ما قد ذكرا	منويه يلزم من غير امترا
وإن جرى عرف في ذي اليمين	يتبع في الكل بلا تخمين
وظنه نفى دخول لطلاق	فغيره يلزمه بلا شقاق
كحالف بحرمة الحلال	مستفتيًا وجاهلاً بالحال
لكن ذا حلفه قد بطلا	في فرقة وغيرها فلتعقلا

وما ذكره السراج والحميدي لا يصح^{١٠} والعلم عند الله تعالى، وكذا من تبعهما لا يصح كلامه، وعمل أهل فاس نص^{١١} عليه القباب وأنه على ما في المختصر، ولم يقل السراج والحميدي انتقل العرف بفاس، وإنما وقع الاستناد لكلام بعضهم بدليل كلامهم، وكلام من ذكر ضعيف أو باطل كما تراه قريباً إن شاء الله تعالى، وتقدم ما يدل على ذلك أيضاً. وقول السراج: من قلّد عالماً ليس هو في مثل هذا وإنما ذلك حيث لم يبحث في كلام العالم أو يظهر بطلان قوله، والفتوى بالضعيف لها شروط لم يذكرها السراج هنا وذكرناها في باب القضاء، والأصل بقاء العمل على ما كان حتى يقوم دليل على انتقال ما فيه احتمال وكذلك المشهور، وقول التحفة وما به عمل كأنه تبع فيه ما قاله شيخه ابن سراج، وفي ذلك ما لا يخفاك إن فهمت كلام الناس هنا ولا يتبع في هذا أصلاً، ولذلك اعترض قوله وما به عمل، وكلام أبي الحسن الآتي يدل على هذا غاية وذلك أنه قال على قول المتن: ومن لم يبر بما حلف بطلاق أو عتق أو مثنى أو صدقة فليطلق نسائه ويعتق رقيقه ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى مكة يؤمر بذلك من غير قضاء ما نصّه. قال ابن محرر: ولم يذكر كم يطلق امرأته ولا كم يمشي إلى بيت الله، وإن كان الشك لا يتناول عدداً فإنما تلزمه طلقة والمشي مرة واحدة لأنه كأنه إنما حلف بهذه الأجناس، وأما الصدقة فإنما ألزمه أن يتصدق بثلث ماله لكونه لا يشك في اليمين بصدقة ماله، ولو أنه إنما شك في اليمين محملاً لم يلزمه إلا أدنى ما يقع عليه اسم صدق من الطعام أو الفضة، ويستحسن له أن يتصدق بمد من الطعام أو بدرهم من الفضة. ابن يونس: قيل عن أبي عمران فالذي يقول جميع الإيمان تلزمني قال تلزمه جميع الإيمان من الطلاق والعتق وغير ذلك، فقيل له ما يلزمه من الطلاق؟ فقال هي مسألة متنازع^{١٢} فيها والذي أقول به أن الواحدة ستلزمه بلا شك ويستحب له أن يلزم نفسه الثلاث، فقيل له: إن من الإيمان الخلية والبرية، فقال: هنا ما لا غاية له ويلزمه أيضاً كلما

ينوي ذلك، ويكون العرف جارياً به وعن ابن عبد البرّ أنّ عليه كفارة يمين، وعلى هذا فالإتفاق الذي ذكره ابن الحاجب تبعاً لابن بشير ليس بجيداً هـ. قال مقبّد: عفا الله عنه بمته: وقد وقفت على سؤال مثله شيخنا شيوخنا الإمامان العالمان الشهيان سيدي أبو زكريّا يحيى السراج وسيدي أبو محمد عبد الواحد الحميدي - رحمهما الله - ما تقولان: فيمن قلّد الأبهري في الذي يقول لا شيء في هذه اليمين سوى الاستغفار، أو قول ابن عبد البرّ الذي يقول إنّه لا يجب عليه سوى كفارة يمين بالله فهل تقلدهما منج مع الله تعالى أم لا؟

تزوجتك فانت طالق، قال بعض فقهاءنا وقال لي أبو بكر بن عبد الرحمن تطلق عليه زوجته عندي بالثلاث، لأن الخلية والبرية والتحريم وغيره مما تحرم به يدخل تحت يمينه لقوله جميع الأيمان تلزمني، وأنكر ما ذهب إليه غيره من أنه لا تلزمه الثلاث، واستحسن بعض فقهاءنا قول أبي عمران قال: ولا يكون أسوأ حالاً من حلف بالطلاق قصدك إليه ولا نية إنما يلزمه المباح من الطلاق وهو الواحدة. ابن يونس: وظهر لي أن قول أبي بكر أقوى لأن الذي يقول عن الأيمان تلزمني إنما يقصد التشديد فيجب أن يلزم ذلك، وبذلك كثر عادة الناس أي بالحلف بالثلاث في وقتنا لأن أكثرها إنما تقع على المخرج فيجب أن يلزم ذلك، ولأن الخلية البرية تدخل تحت ذلك وليس كمن قال أنت طالق لأن هذا قد خصّ جنساً من الطلاق، والذي قال جميع قد جمع الأيمان ومن الأيمان الطلاق واحدة والطلاق ثلاثاً والخلية والبرية والبتة فكيف يقتصر على أقلها على ما بينا أن الثلاث أكثر إيمان أهل وقتنا وإن الذي يقول جميع الأيمان إنما قصد التغليظ سفهاً منه والله أعلم وهذا هو الصحيح. قال ابن محرز: والذي أستحسن في الذي يحلف بالأيمان كلها لارمة له أنه يلزمه من الصدقة والعتق والظهار والطلاق أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه كآنة التزم أجناس هذه الأشياء، وليس في ذلك ما يتضمن جدك ولا تكريراً، ألا ترى أنه لو قال: الطلاق لي لارم لم يلزمه بذلك إلا تطليقة واحدة، فلما كان لو صرح بالتزام الطلاق لم يلزمه إلا طلقة واحدة، وإذا كنى فهو أضعف، وأحرى أن لا يلزمه إلا طلقة، وإلى هذا كان يذهب غير واحد من علمائنا المتأخرين، وذكر ذلك عبد الحميد عن بعض المذاكرين وقال: قوله تلزمه طلقة ليس بصحيح بل خطأ يمين، إذ الخالف بالأيمان للارمة إنما حلف وقال كل يمين يحلف بها الناس تلزمني والناس يحلفون بالطلاق الثلاث وبالواحدة فكانه أزم نفسه ما يحلف به الناس، وهذا يمين متاويل في العقل، ومن عرف أيمان الناس عرف صحة الثلاث وأنها تلزمه، ووجه آخر أن الناس يحلفون بالحلال عليهم حرام، فهذا يكون فيه الثلاث لأنهم إنما يقصدون التحريم التام، وبهذا كان يقول من أدركناه من الشيوخ المحققين إن الخالف بالأيمان لارمة له أن زوجته لا تحل له إلا بعد روج، ولقد حكم بعض القضاة بقول من ليس عنده تحقيق بالقوى أنها واحدة فأمر الشيخ أبو القاسم السيوري يرد الزوجة وزوالها تحت الزوج وألزمه الطلاق الثلاث وفسخ النكاح، وأمر غيره بذلك من المذاكرين أيضاً وهو الصواب إن شاء الله تعالى وبه أقول، وما سواه من قول من أزم الواحدة خطأ يمين لا يلتفت إليه أهـ. بلفظه في جميع ما تقدم، ولا بيان فوق هذا البيان جزى الله قاتله بكمال الإحسان ودخول الجنان مصحوباً بالرضا والرضوان وهو الحق إن شاء الله تعالى. وما نقله عن أبي عمران من أنه

فأجاب الحميدي بأن قال: الذي كان يفتي به الإمام ابن سراج عدم لزوم واختاره جماعة من المتأخرين. قال وهو الذي نختاره ونرتضيه تبعاً لذلك الإمام العظيم. وأجاب السراج فقال: ما نقله السائل عن الأبهري وابن عبد البر صحيح، وقد نقل ذلك عن مالك - رحمه الله - فمن قلّد ذلك فهو مخلص، فإن من قلّد عالماً لقي الله سالماً، وكتب عبد الله تعالى يحيى بن محمد السراج. اهـ وانظر قول الناظم في القول الرابع أنه ما به عمل مع أنه المشهور عند الشيخ خليل وحكى عليه ابن الحاجب الأشفاق وإن بحث معه في الاتفاق كما تقدم. وقال الشارح: بعد أن ذكر فتوى عن الأستاذ أبي سعيد بن لبّ فيمن حلف بالإيمان اللازمة على أمر يعتقده فظهر خلافه وأنه يلزمه الطلاق ورجع كونه ثلاثاً ثم قال آخر كلامه: أقول: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا أبي القاسم بن سراج - رحمه الله - صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا حلف ولم تكن له نية في الثلاث على وفق الأشياخ الثلاثة أبي الحسن القاسمي وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي ومن وافقهم على ذلك من أشياخ الأندلس، وربما استظهروا بتحليف الحائث على عدم علمه بالحكم فيها، حتى كاد ذلك يؤثر في ذلك العرف المستقر فيها قديماً اهـ.

والبكر ذات الأب لا تختلع إلا بإذن حاجرٍ وتمنع
وجاز إن أب عليها أعمله كذا على الثيب بعد الإذن له

(يعني أن البكر) ذات الأب لا يجوز خلعه إلا بإذن حاجرها وهو أبوها، وتمنع من

يلزمه أيضاً كلما تزوجتك الخ فيه نظر ظاهر، لأن قوله كلما تزوجتك الخ وإن دخل فإنه لا يلزم الحالف للخرج بليل لو حلف به وحده لم يلزمه فكيف مع غيره؟ والعجب من أبي الحسن حيث نقله ولم يعترضه. والطلاق الثلاث إذا لزم في امرأة ليس المخرج فيه كقوله: كلما تزوجتك الخ كما لا يخفى. وملخص هذا أن الثلاث لازم في هذه اليمين وذلك هو الحق الذي يدل عليه العقل والنقل، وإذا كانت الطلقة الواحدة خطأ بيتاً لا يلتفت إليه فكيف بمن قول لا شيء عليه إلا الاستغفار؟ ولذلك ابن رشد قال في بيانه بعد كلام في المسألة ما نصّه: فلا وجه لمن أسقط عن الحالف بهذه اليمين شيئاً مما كان الشيوخ يلزمونه فيها، ولا لمن جعل الطلاق فيها طلقة بائنة ولا طلقة رجعية، ولا لمن لم يوجب عليه في ذلك إلا كفسارة يمين، هذا لفظه، والله درّه في هذا التصريح فإنه قطع به النزاع ورفع القناع، وتقدم عنه أن المسألة قاربت اليوم الخروج من الخلاف أي في لزوم الثلاث، وبه تعرف ما في قول السراج والحميدي وأن ذلك خطأ لا سيما كلام السراج وقول الحالف إيمان المسلمين تلتزمي. نقل الخطاب عن بعضهم أن اللزوم فيها ثلاث كفارات، وأن اللزوم فيه ما في اللازمة، وهذا الأخير هو الذي قاله القرافي وابن الحاج على مشهور فتاوى المتأخرين كما في الفائق ولم ينبّه على هذا الخطاب وفي ذلك ما لا يخفى.

(هـ): والبكر ذات الأب لا تختلع. إلى آخر الآيات الأربعة. قوله: (يعني أن البكر) قال

الخلع بغير إذن، فإن صالح أبوها جاز ذلك، هذا في البكر، وكذا يجوز صلحه عن ابنته الثيب لكن بإذنتها له، أما صلح البكر أو صلح أبيها فقال ابن سلمون فإن كانت الزوجة محجورة لوالدها فلا يجوز خلعه إلا بإذن أبيها. ثم قال: ويجوز للأب أن يمضي الخلع عليها دون إذنها إن كانت بكراً. وقد قال ابن فتحون والمتيطي يجوز للمحجورة أن تخالع بإذن أبيها أو وصيها وتقول بعد إذن ما رآه من الغبطة. ابن الحناجب: وصلح الأب عن

في المختصر في هذا ما نصّه: لا من صغيرة وسفيهة وذو رق ورد المال وبانت وجاز من الأب عن للمجبرة بخلاف الوصي، وفي خلع الأب عن السفينة^(٨٤) خلاف، ولكن لا بد من تقديم مقدمة وهي أن العمل على الحالة من هي رشيدة في حالها فأفعالها ماضية ولو كان لها حاجر، ومن هي سفينة فأفعالها مردودة ولو لم يكن لها حاجر، والصغيرة لا تكون رشيدة إذ البلوغ شرط في الرشد زيادة على الرشد في الحالة، ومن جهل حالها فذات الأب تحمل على الرشد بعد مضي سبع سنين من دخول زوجها بها أو هي ست كما تراه في كتاب الحجر إن شاء الله، وتحمل المهمة على الرشد أيضاً بمضي عام من دخولها، وإذا ثبت هذا فقول المصنف لا من صغيرة أي لا يجوز خلعه يعني ولا يمضي، إذ ما لا يجوز الأصل فيه عدم المضي، وبذلك قوله بعده ورد المال أي كانت ثيباً أو بكراً كما هو ظاهر من كلامه، والعلة هي الجبر، والثيب الصغيرة تجبر وهو قول المتن والثيب إن صغرت وعدم مضي خلع الصغيرة به العمل وهو المشهور وإن كان في ذلك خلاف، وظاهر المتن ولو خالعت بخلع أمثالها وهو كذلك وفيه كلام للناس. وقوله: وسفيهة ظاهره كان لها حاجر أباً أو غيره. أو لا، قال البرجراجي وهو المشهور: وهذا من غير موافقة وليها وإلا فذلك ماض وجائز. وظاهر كلام المتيطي والرجراجي أن ذلك لا خلاف فيه ولكن فيه كلام، وإذا ثبت هذا في السفينة فالصغيرة أخرى، والحاصل لا يصح خلع الصغيرة والسفيهة في كل موضع أي وحدهما وظاهره في السفينة أيضاً ولو خالعت بخلع أمثالها وهو كذلك لكن فيه خلاف، وبذلك تعلم صحة إطلاق خليل. وقوله: وجاز من الأب عن المجبرة أي كيفما كانت المجبرة، وتقديم الكلام على من تجبر، ويدخل في ذلك المجنونة المطبقة، نعم إن كانت تفيق أحياناً وهي رشيدة فالكلام لها وهذا ظاهر لا يخفى، فلذلك لم يشر إليه لبيان في نفسه في محله، وظاهر المتن أن الأب يستقل بالخلع عنها وهو كذلك، وظاهره ولو خالعت عنها بأكثر من خلع أمثالها وهو ظاهر كلامهم، وقوله بخلاف الوصي أي لا يستقل بالخلع في محجورته، وظاهر المتن كانت سفينة أو صغيرة وهو كذلك، وأما بموافقة محجورته السفينة والصغيرة فيجوز، ولكن في هذه الأمور كلام طويل، وقد استحسن خلع الوصي وحده عن محجورته مطلقاً، وقوله بخلاف الوصي ظاهره ولو كان جائزاً وهو كذلك، وإن كان كلام ابن لبابة يدل على أن الوصي المجبر يخالع استقلالاً، وقوله: وفي خلع الأب عن السفينة خلاف أن يخالع عنها استقلالاً وأما بموافقتها ففاض ولا إشكال، وهذه السفينة غير مجبرة لأنها تقدمت، والراجح في هذا خلاف أن الأب يخالع عن هذه السفينة استقلالاً وهذا تقرير، وقد تحصل أن الأب يخالع عن الرشيدة ويخالع عمن عداها

(٨٤) السفينة: أي سيرة التصرف.

للمجبرة بالصدّاق كلّ نافذ التّوضيح أمّا صلح الأب عن ابنته البكر الصّغيرة والبالغ فجاءتُ
الباجي (بلا خلاف) والحقّ اللّخميّ بها البكر المدخول بها إذا لم تطل إقامتها وطلّقت قبل
المسيس لأنّ له الجبرّ على النّكاح، والصّغيرة التي ثبّتت قبل البلوغ على القول بجبرها.
ولعلّ المصنّف يعني ابن الحاجب عيّر بالمجبرة لهذا. ١ هـ. وأمّا صلح الأب عن الثّيب ياذنها
فقال في التّوضيح: وفي صلح الأب عن ابنته البالغ الثّيب السّقيفة قولان: الأوّل: لابن
العطّار وابن الهندي وغيرهما من المؤثّقين لا يجوز له ذلك إلّا ياذنها. وقال ابن أبي رمين
وابن لبابة جرت الفتيا من الشيوخ بجوار ذلك ورأوها بمنزلة البكر ما دامت في ولايته.
اللّخميّ. وهو الجاري على قول مالك في المدوّنة ابن راشد والأوّل هو المعمول به ابن عبد
السّلام وهو أصل المذهب. ١ هـ وفي المختصر: وفي خلع الأب عن السّقيفة خلافٌ يعني

استقلالاً، والوصي لا يخالغ استقلالاً مطلقاً، والصّغيرة والسّقيفة خلعهما استقلالاً غير ماضٍ
مطلقاً، ولكنّ إمّا نثق بهذا غاية إذا وقفت على كلام الفحول الذي سلخنا منه هذا الملخص، فإن
كلام الناس هنا فهي خلافيات كثيرة واختيارات، وبه نستعين على ما ذكره هذا الشارح، وبه تعلم
ما في كلامه، وقد لفتنا ما لخصناه بما نصّه:

فخلع والد عن ابنة لزم إن لم تكن رشيدة فيما علم

بوفقها عليه أو بغيره عكس انفراد للوصي بخلعه

بلا تقييد كلّاً من صغرت أو سفهت لدى انفراد قد ثبت

أي الصّغيرة و السّقيفة إذا انفرد كل واحد منهما بالخلع فلذلك لا يبغي، كما إذا انفرد
الوصي به فإنه لا يبغي. وقوله بلا تقييد أي خالغ بخلع مثلها أم لا، كانت محجورة سفية أو
صغيرة، وتركنا الكلام على خلع الرقيق لعدم ذكر النّاظم وشرّاحه له وما خالف ما لخصناه فلا
تتبعه وإن كان هو الظاهر من النّاظم. قوله: (بلا خلاف إلخ) فيه نظر، قال ابن ناجي ما نصّه:
قال شيخنا حفظه الله تعالى ظاهرها أنّه لا يجوز صلحه عنه إلّا بشرطين النظر مع الأخذ، أما إن
راه نظراً دون أخذ فلا يجوز، وما ذكره سمعته أيضاً من شيخنا أبي مهدي قال: رأيت لشيخنا
أبي العباس بن حيدرة قاضي الجماعة بتونس وثيقة حكم فيها بمطلق النظر دون أخذ مال، قال:
وما ذكره خلاف قولها أولاً وكذا أخيراً في قوله: ولا يلزم الصّبي أن يطلقها عليه على غير الخلع
وأخذ المال. وقال في عرصة أخرى: وقعت هذه المسألة قبل هذا على المتاركة وحكموا بإمضائه
وفهموا قولها البديلة لا على المعية فتكون البواو بمعنى أو. قلت: فيتخصّل: في فهمهما قولان
للأشياخ، والذي أقول به قول ابن حيدرة لأنّه قد يتعلّل الأخذ ويراه مصلحة ضرورة وهو نص
اللخمي، وذكر ابن فتحوّن خلافه، فالقولان المذكوران خارج المدوّنة وتآول عليها هـ. بلفظه.
والذي أقول به إلخ هو الحقّ إن شاء الله تعالى، ومن ابتلي بالقضاء عرف هذا، وانظر الشرح في
مسائل منها إذا أعطت المرأة ما خالعت به للسّفيه هل تبرأ أم لا؟ ومنها حضور الحاجر عند خلع
السّفيه وأمور كثيرة يكثر وقوعها.

بغير إذننها، وأمّا بإذنها فجائزٌ بلا خلاف والله أعلم. وذهب النّاطم على القول الأوّل لما تقدّم عن ابن راشد وابن عبد السلام هذا كلّ في ذات الأب وعليها تكلم النّاطم، وأمّا ذات الوصيّ فقال ابن عرفة وفي خلع الوصيّ عن يتيّمته دون إذنّها ثالثها إن لم تبلغ، وفي اختصار الواضحة قال فضل: قال ابن القاسم في المدوّنة: يجوز مبارأة الوصيّ عن البكر برضاها. قلت: فالأرجح عقده أي: الخلع على الوصيّ برضاها لا عليها بإذنه. خلاف قصره بعضهم عليها بإذن الوصيّ اتّباعاً منه للفظ الموقّنين، وفي التّوضيح قولٌ بخلاف الوصيّ أي فليس له أن يخالع عن البكر على المشهور الباجي: وهو مشهور قول ابن القاسم وروايته عن مالك ومقابل المشهور رواه ابن نافع عن مالك أنّ الوصيّ يخالع عن اليتيمة وهو، لابن القاسم أيضاً ١ هـ ابن سلمون: وخلعها جائزٌ بإذن وصيها سواء كان من قبل الأب أو من قبل القاضي إذا كان ذلك على وجه النّظر لها على ما جرى به العمل، وروي عن مالك أنّ ذلك لا يجوز ١ هـ.

وامتنع الخلع عن المحجور إلا بإذنه على المشهور

والخلع جائزٌ على الأصاغر مع أخذ شيءٍ لأبٍ أو حاجر

يعني أنّ الزّوج إذا كان محجوراً يعني بالغاً فإنّه لا يجوز لأبيه ولا لوصيّه أن يخالع عنه إلا بإذنه، وعلى ذلك نّه بالبيت الأوّل، وأمّا إن كان صغيراً غير بالغ فلا يجوز للأب ولا للوصيّ أن يخالع عنه إلا بعرض، وعلى ذلك نّه بالبيت الثّاني، فقله: على المحجور يعني البالغ بدليل كلامه في البيت الثّاني عن الصّغير، ومقابل المشهور أنّه يجوز خلعها عنه وقوله: لأب يتعلّق بجائز، والمراد بالحاجر الوصيّ ووصي الوصيّ وصي القاضي قال ابن سلمون: وإن كان الزّوج في ولاية فإمّا أن يكون كبيراً أو صغيراً دون بلوغ، فإن كان كبيراً فخلعه جائزٌ وإن كان بغير إذن وصيّه؛ لأنّ الطّلاق بيده ويلزمه إذا أوقعه، وتذكر في العقد موافقة الوصيّ أو الأب إن حضر على الخلع، وتضمّن الشّهادة على الجميع، ولا يجوز خلع الأب أو الوصيّ عليه بغير إذنّه على المشهور، وقيل: يجوز مثل ما تقدّم في النّكاح. وإن كان صغيراً فيجوز خلع الأب والوصيّ عليه بشيءٍ يأخذانه له دون أمره، ولا يجوز على غير ذلك، ثمّ قال: ولا يجوز طلاق الصّغير ولا خلعه ولا طلاق الأب والوصيّ إلا بشيءٍ يأخذانه بلا خلاف ١ هـ ونحوه نقل الشّارح عن المقرّب ١ هـ.

ومن يطلق زوجته وتخلع بولدٍ منه لها ويرتجع

ثمّ يطلقها فحكم الشرع أن لا يعود حكم ذاك الخلع

يعني إن طلق زوجته على أن تحمّلت له بنفقة ولدها منه إلى الحلم ثمّ راجعها من ذلك الطّلاق فلا إشكال أنّ النّفقة تعود على الأب، فإذا طلقها ثانية فلا تعود نفقة الولد عليها إلا

أن تحمّل بها في الخلع الثاني ففي طرر ابن عات: في مسائل ابن رشد في المرأة إذا خولت على أن تحمّل بنفقة ابنها من الزوج إلى الخلع ثم ارتجعها سقط عنها ما تحمّلت من نفقة ابنه ورجعت على الأب ولا تعود على المرأة إلا أن تحمّل بها ثانية اهـ (فتأمل في ذلك). وفي ابن سلمون: وكذلك إن ارتجعها فإنها تسقط عنها ما تحمّلت من النفقة ولا ترجع على الأب ولا تعود عليها إن طلقها ثانية إلا أن تحمّلها اهـ.

وإن تمت ذات اختلاع وقفا من مالها ما فيه للدين وفا

للأمد الذي إليه التزما وهو مشارك به للغرماء

يعني أنّ من خالغ زوجته على أن تحمّل له بنفقة ولدها منه المدة معلومة ثم ماتت في أثناء تلك المدة فإنه يؤخذ من مالها نفقة بقيّة المدة المضروبة، فإن كان على المرأة دين غير ما التزمت من النفقة فإن للزوج محاصة غرمائها بما التزمت من نفقة ولده، (قال في الوثائق المجموعة): قال سحنون تلزمها النفقة وإن اشترطت عليها خمس عشرة سنة، فإن مات الابن في المدة لم يكن للزوج رجوع فيما بقي لأنها إنما تحمّل له رفع مؤنته عنه، ولو ماتت هي وقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة التي التزمتها، فإن مات الابن قبل انقضاءها رجع ما بقي مما وقف ميراثاً إلى ورثة المرأة، وإن أفلست رجع ذلك الموقوف إلى الغرماء إن كان بقي لهم شيء من ديونهم إذ للزوج محاصة الغرماء بالنفقة. اهـ وللأمد يتعلق بوفاء ونائب التزما للإتفاق بدليل السياق وما فيه نائب وقفا، وقوله: وهو أي الزوج مشارك لغرماء المرأة في متخلفها فيحاصص هو بنفقة ولده والغرماء بدينهم.

وموقع الثلاث في الخلع ثبت طلاقه والخلع ردّ إن أبى

يعني أنّ من خالغت زوجها بالثبث مثلاً على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً فلم ترض ذلك وأبته فإن الثلاث تلزمه ويردّ الألف، (قال ابن سلمون): الخلع طلاقاً واحدةً بائنة وإن شرط أنها رجعية على المشهور، وإن أوقع ثلاثاً على الخلع نفذ الطلاق وسقط الخلع، ابن عرفة: وروى اللّخمي إن أعطته مالا على تطبيقها واحدة فطلقها ثلاثاً لزمه، ولا قول لها،

(ص:١) ومن يطلق زوجة وتخلع. إلى آخر الآيات الأربعة. قوله: (فصل في ذلك) كذا

هو في ابن النازم بعد نقله كلام ابن عات.

قوله: (قال في الوثائق المجموعة) كلامه في هذا حسن تبعاً للوثائق المذكورة.

(ص:٢) وموقع الثلاث في الخلع ثبت البيت. قوله: (قال ابن سلمون) نصّ ابن سلمون من

كتابه هو قوله ما نصّه الخلع طلاقاً واحدةً بائنة، فإن أوقع طلاقاً على الخلع ولم يبين عدده فإنه يكون واحدة، وإن شرط أنها تكون رجعية ففيها قولان مشهورهما أنها تكون بائنة، وكذلك إن

وأرى: إن كان راغباً في إمساكها فرغبت في الطلاق أن لا قول لها، وإن كان راغباً في طلاقها فاعطته على أن تكون واحدة. فترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها إنما أعطته على أن لا يقع الاثنان لتحل له إن بدا لهما من قبل زواج. قلت: الأظهر رجوعها عليه بما أعطته مطلقاً لأنه بطلانه إياها ثلاثاً يعيها لامتناع كثير من الناس من تزويجها خوف جعلها إياه محلاً نفسي عشرته ليطلقها فتحل للأوك. ١ هـ قال الشارح - رحمه الله - : وجه القول بالرجوع مطلقاً ظاهر وإياه اعتمد الشيخ - رحمه الله - في هذا البيت، ويظهر من ابن عرفة كونه ساقه نظراً من قبل نفسه، ومثله منصوص في وثائق ابن سلمون. فرغ: وكذلك عكس هذه المسألة خالته على أن يطلقها ثلاثاً فطلق واحدة: لا كلام لها لأن مقصودها قد حصل. ابن الحاجب: ولو قالت: طلقني ثلاثاً على ألف. فقال: طلقك واحدة. أو بالعكس وقع ذلك على المنصوص فيهما؛ لأن مقصوداً قد حصل، قال في إيضاح المسالك: والمذهب أن لا كلام لها، وصحح ابن بشير تخريج اللخمي الخلاف على القاعدة يعني قاعدة اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا؟ واختار بعضهم أنه شرط يفيد تقيّة غلبة الشفاعة لها في مراجعته على كراهة منها. ١ هـ وعلى أنه من شرط ما يفيد تلزّمه واحدة، ويرد الخلع كمسألة النّازم والله أعلم. وإلى المسالكين أشار الشيخ خليل بقوله: أو طلقني ثلاثاً بألف فطلق واحدة أو بالعكس، فمسألة العكس في كلام ابن الحاجب و خليل هي مسألة النّازم، والأوك في كلامهما هي مسألة هذا الفرع.

وموقع الطلاق دون نيّة بطلقة يفارق الزوجيّة

طلقها طلبة رجعية على أن أسقطت عنه نفقتها طول العدة فإنها تنفذ. وتكون باتنة عند ابن القاسم، فإن أوقع ثلاثاً على الخلع وأبت المرأة فإن الطلاق ينفذ ويسقط الخلع ١ هـ. بلفظه. وقوله: وأبت هو من البتات الذي هو القطع لا من الإبابة التي هي الامتناع، هكذا وجدت اللفظ مضبوطاً في نسخة بتشديد التاء بالقلَم من كون ابن سلمون يحتمل أراد المسألة المشهورة وهي مضمون قول المختصر أو قال إن خالعتك فانت ثلاثاً. فإن قلت: من أين يفهم التعليق من كلام ابن سلمون؟ قلت: وكذلك حمل شارحو التحفة حيث قرروا المتن بقولهم يعني أن من خالعت زوجها بألف مثلاً على أن يطلقها واحدة إلخ، وحملوه على كلام ابن سلمون من أن ريدتهم لا نفهم من التحفة ولا من كلام ابن سلمون، وأما حمل كلام التحفة على خلاف ما قاله الناس وهو للمنصوص فجميع جداً، ولم أجد المسألة في الوثائق للمجموعة ولا في النيطية وهذا عجب، مع احتمال أن يكون كلام ابن سلمون معناه ما أشرنا إليه، وإن كان كلام التحفة فيه إن أبت فإنه يحتمل أن يكون من البتات وخفّفه للضرورة وفاعله ضمير الزوج لا الزوجة، وعليه فكلام التحفة موافق لكلام ابن سلمون، فتحمل التحفة على مسألة التعليق، وعلى هذا فما فسّر به شراح النظم لا ينبغي، وقول التحفة في الخلع يحتمل أن يتعلق بمحذوف تقديره في التعليق على الخلع ويصح الكلام والفقه.

وقيل بل يلزمه أقصاه والأول الأظهر لا سواه

يعني أنّ من طلق زوجته ولم ينو واحدة ولا ثلاثاً ففعل تلزمه طلاقاً واحدةً لأنها حقيقة، وقد حصل بها معنى الطلاق، وقيل: يلزمه الثلاث احتياطاً. والأول وهو لزوم الواحدة أظهر. قلت: والخلاف مبنيّ جارٍ على الخلاف في اللفظ المحتمل لأقل ولاكثر إذا لم تصحبه نية هل يحمل على أقلّ مصدوقاته أو على أكثرها؟ وللمسألة نظائرها وفي طرر ابن عات: من قال: طلقت امرأتي ولا نية له، ففعل إنها واحدة، وقيل إنها ثلاث، ذكر ذلك ابن رشد في طلاق الستة. ١ هـ وفي ابن سلمون: فإن طلقها ولم تكن له نية ففي ذلك قولان: أحدهما: أنّه تلزمه طلاقاً واحدةً والثاني أنّه تلزمه الثلاث ذكر ذلك ابن رشد في طلاق الستة. ومثل - رحمه الله - في رجل تشاجر مع امرأته فقال لها: «أنت طالق» ثم أتبعته بالسبّ وقبيح الكلام فقال لها: أنت طالق ثلاثاً ولم تكن له نية في شيء من ذلك فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت فقد بانّت منه بثلاث تطليقات ولا سبيل له إليها إلا بعد زوج. ١ هـ وهذا بناءً على حمل الطلاق الأول على الرجعيّ فلذلك ألزمه الثلاث التي أوقع عليها بعد ذلك، وقد تلخّص من هذا أنّ من طلق ولا نية له في واحدة ولا في ثلاث وقلنا تلزمه واحدةً إنّ تلك الواحدة رجعيةً يرتد (٨٥) عليها الطلاق وكذا يتحصّل من جواب الإمام أبي سعيد ابن لبّ فيمن قال: نعم مطلق أنا ثم بعد يومين قال: هي طالق وهي عليه حرام أنّه إن أراد بقوله: مطلق أنا طلاقاً مملّكة فلا يرتد عليها ما ذكره من التحريم، فإن أراد مراجعتها حلف أنّه قصد الطلقة المملّكة. وإن أراد بها طلاقاً رجعيةً أو لم يرد رجعيةً ولا مملّكةً وإنّما نوى الطلاق دون صفته فإنّه يرتد عليه التحريم الذي ذكره بعد ذلك، فإن كان قصد بالتحريم تفسير الطلاق الذي أوقعه أولاً فقد لزمه حكمه، والتحريم

(هـ) وموقع الطلاق دون نية إلى آخر البيتين. وحاصل ما ذكره هنا شراح النظم أنّه إذا قال هي طالق ولا نية فهي واحدة على الراجح، وبه أفتى تحليل حيث قال: وتلزم واحدة إلا لنية أكثر، وهذه الواحدة رجعية هذا أصلها، وأما في زمن ابن النازم فلا يظهر أنها باتّنة لعدم معرفة الناس الرجعي أي في زمنه، وعلى كونها رجعية يرتد عليها الطلاق وعلى كونها باتّنة لا يرتد عليها الطلاق مع الفصل ويصدق الخالف أنّه أراد بها الطلقة المملّكة وعليه فلا ارتداد، وفي الميعار عن ابن لبّ أن قول الزوج هي طالق طلاقاً واحدة رجعية إلا أن ينوي للملكة فتكون واحدة باتّنة يمينه ولا يرتد عليها طلاق، وما استظهره ابن النازم نقله الشيخ ميارة وسلمه وربما استحسنه واستدل له بقوله: ولأجل ذلك أي عدم معرفة الناس الرجعي لا تجب مطلقة تطالب مطلقاً بنفقة العدة، ولكن انظر هذا عند كلامنا على الملكة فيما تقدم وعقد قول المتن في الشرح ولو بلا عوض نص عليه.

(٨٥) يرتد: يتبع.

إذا لزم فهو الثلاث: قال الشارح ما معناه: وعلى لزوم الواحدة لمن لا نية له فهل تكون رجعية يرتد عليها التحريم كما ذكر الأستاذ أو بائناً قال: وهو الأظهر في هذه الأرملة لعدم معرفة الناس بالرجعي فلا يرتد التحريم أ هـ.

وما امرؤ لزوجة يلتزم مما زمان عصمة يستلزم
فإذا دون الثلاث طلقا زال وإن راجع عااد مطلقا
مثل حضانة والإنفاق على أولادها ومثل شرط جعلها

يعني أن الزوج إذا التزم لزوجه ما شأنه أن يلتزم زمان العصمة كحضانة أولادها والتفقة عليهم وكالنية عنها أو الرحيل بها والإخلاء ونحو ذلك من الشروط المعتادة ثم طلقها دون الثلاث فإن ذلك يسقط عنه، فإذا راجعها رجع إليهما كان التزيم، فإذا طلقها ثلاثاً ثم راجعها بعد زوج فإن ذلك لا يعود عليه، وهذا يؤخذ من مفهوم قوله: فإذا دون الثلاث طلقا البيت إذ مفهومه أنه إن طلق ثلاثاً ثم راجعها لم يعد عليه. وقوله: مثل حضانة والإنفاق البيت هو تمثيل لقوله: وما امرؤ لزوجة يلتزم ولو جعله إثره لكان أنسب ففي طرر ابن عات: وسئل يعني ابن رشد عن رجل تزوج امرأة وطاع لها بالتفقة على ابن لها من غيره مدة الزوجية ثم طلقها وانقضت عدتها ثم راجعها هل تعود التفقة أم لا؟ فقال: تعود عليه ما بقي من طلاق المملك شيء، فإن ادعى الزوج أنه إنما التزم التفقة دون الكسوة فالقول قوله مع بينه، وحكى ابن زرب أنه تلزمه الكسوة مع التفقة، (ورجح ابن عرفة) اندراج الكسوة في التفقة. فرع: مثل الأستاذ أبو سعيد بن لب عن الزوجة إذا أسقطت عن زوجها حكم الطوع بنفقة أولادها من غيره هل لها ذلك ويتنفع الزوج بإسقاطها أم لا؟ فأجاب ليس للزوجة أن تسقط عن زوجها حكم الطوع ولا يتنفع الزوج به إن فعلت؛ لأن حق الأولاد تعلق بالطوع. فليس لأبهم إسقاطه وإن كانت وصياً عليهم؛ لأن

(ص): وما امرؤ لزوجة يلتزم إلى آخر الآيات الثلاثة.

قوله: (ورجح ابن عرفة إلخ) قف على المسألة صدر فصل التفقة في الشرح فإنما جمعنا كلام الناس في المسألة غاية، والذي يظهر من ذلك رجحانه أن من التزم كسوة إنسان لا تلزمه نفقته، ومن التزم نفقته لا يلزمه مسكن ولا إخلاء، وكذلك الكسوة على ما يظهر أنه هو القوي والراجح خلاف ما رجح ابن عرفة، وإن كان ابن النازم استظهر ترجيح ابن عرفة واعتراضه على غيره وذلك لا يظهر أصلاً، قف على التحقيق في ذلك في المحل المذكور، ومع ذلك فالواجب في ملتزم النفقة أن يرجع في ذلك إلى عرف بلده كما أشرنا إليه في المحل المذكور، وكلام الناس دال على ذلك، ولا يحل عن ذلك الأمر إلا من لم يفهم أو لم ينصف.

قوله: (وهذا خلاف ما تقدم إلخ) لم تظهر مخالفة عند التأمل الصادق، وما ذكره هنا من

وصي المحجور لا يفوت عليه مالا بغير عوض، وقد نص ابن رشد في التّوازل على أنّ المرأة ليس لها أن تسقط عن زوجها من الشّروط إلّا ما لا يتعلّق به حقّ لغيرها لتطبيق نفسها إن تزوّج عليها، فإن كان الشّروط أنّ الدّاخلية عليها طالق فهذا لا يسقط لأنّه تعلّق به حقّ الله تعالى. من الفائت للونشريسيّ وانتظر إذا تطوّع بنفقة ولدها هل تنقطع ببلوغه عاقلًا قادرًا على التّكسّب كما تنقطع بذلك عن الأب أو لا تنقطع إلّا بموت أحد الزّوجين أو فراقهما لقول الموقّ في وثيقة الالتزام مدّة الزّوجيّة بينه وبين أمّه: قال الخطّاب في الالتزام فرع: قال ابن رجب: وفي الطّرد: رأيت في بعض الكتب إن كان الطّوع بنفقة الولد لمدّة الزّوجيّة فإنّما يلزم الزّوج الإنفاق على الرّيب ما دام صغيرًا لا يقدر على الكسب اهـ. وجزم به ابن سلمون ونصّه: وإن كان الطّوع لمدّة الزّوجيّة فإنّما يلزم الزّوج الإنفاق على الرّيب ما دام صغيرًا لا يقدر على الكسب اهـ. الخطّاب (وهذا خلاف ما تقدّم) عن مختصر المتطيّة ومعين الحكّام، قال في معين الحكّام: إذا طاع الزّوج بنفقة ابن امرأته أمد الزّوجيّة جاز بعد ثبوت العقد، وإن كان ذلك في العقد لم يجز للخبر ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصدّق المثل ويطل الشّروط.

كذا جرى العمل في التّمتيع بآئه يرجع بالرجوع
وشبخنا أبو سعيد فرقا بينهما ردًا على من سبقا
وقال قد قاس قياسًا فاسدًا من جعل البايين بابًا واحدًا
لأنّه حقّ له قد أسقطه فلا يعود دون أن يشترطه
وذلك لم يسقطه مستوجبه فعاد عندما بدا موجه

أنه إذا قدر على الكسب فإن نفقته تسقط عن الملتزم نقله ابن عرفة وسلمه وجعل مثل ذلك إذا طرأ مال له، انظر عند قول المصنّف: وعلى الصغير إن كان له مال إلخ في الشّرح، وما ذكره الناظم في هذه الآيات. به العمل كما في المتطي وغيره.

(ص): كذا جرى العمل في التّمتيع إلى آخر الآيات الستة، وما شنع به ابن لب على الجزيري غير بين، وما جرى به العمل هو الأول، وقول ابن لب لأنّه حق له قد أسقطه هذا الإسقاط ليس صريحًا، وإنما طلق ما يرد معه الزّوجة بلا زوج، ولعله لم ينو أنه لا يردّها بل نوى ردّها فالعصمة لم تنقطع بطلقة، فافهم هذا فلمعل أن يكون دليلًا للجزيري. وفي ابن الناظم جواب يوافق ما قاله الجزيري: وللختلعة إذا روجعت لا يرجع إليها ما أعطته للزوج لفك العصمة^(٨٦) كما أشار إليه هذا الشّارح.

(٨٦) العصمة: هي رباط الزوجية يحلّه الزوج متى شاء وللمرأة حله إذا اشترط ذلك.

والأظهر العود كمن تختلع فكل ما تركه مرتجع
تقدم في شرح قوله آخر فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به:
ويفسد النكاح بالإمتاع في عقدته وهو على الطوع اقتضي

أن الإمتاع هو أن تعطي الزوجة وأبوها للزوج داراً يسكنها أو أرضاً يعمرها ونحو ذلك، وأن ذلك إن كان في نفس عقد النكاح فالنكاح فاسد. وإن كان طوعاً بعد العقد فجائز. ولما ذكر الناظم في الآيات قبل هذه حكم ما التزمه الزوج لزوجته. وإن طلقها سقط عنه وإن راجعها رجع عليه إلا إذا طلقها ثلاثاً وراجعها بعد زوج فلا يعود عليه إلا إذا التزمه ثانية في هذه المراجعة ذكر هنا أن الإمتاع كذلك وأنها إن أمتعتة سكنى دارها مثلاً ثم طلقها فلا سكنى له، فإن راجعها رجعت إليه السكنى، إلا إذا طلقها ثلاثاً ثم راجعها بعد زوج لم ترجع له، فلا فرق في الحكم بين ما التزمه الزوج لزوجته وما التزمته هي له. وعلى هذا نبه بالبيت الأول وأخبر فيه أن الذي جرى به العمل أن المسألتين سواء، أنه وإن طلق دون الثلاث ثم راجعها له ما أمتعت به، ثم أخبر الناظم عن شيخه أبي سعيد ابن لب - رحمهما الله - أنه فرق بين المسألتين ردّاً على من سبق ممن ساوى بينهما وهو الإمام ابن القاسم الجزيري مؤلف المقصد المحمود - أحد الكتب الأربعة التي ينقل منها الناظم - وقال: إن من قاس مسألة الإمتاع على مسألة التزام الزوج فإن قياسه فاسد لا عمل عليه لما بينهما من الفرق. وعلى ذلك نبه بقوله: وشيخنا أبو سعيد فرقاً بينتي فقوله: من جعل هو فاعل قاس، وفاعل قال: لأبي سعيد ورداً مفعول من أجله، ثم بين الفرق بين المسألتين في قوله: لأنه حق له قد أسقطه البيتين، وأنه في مسألة الإمتاع الحق للزوج، فإذا طلق فقد أسقط حقه فلا يعود إليه بالمراجعة إلا إذا أمتع ثانية، وأما ما التزمه الزوج لزوجته فإن الحق فيه للزوجة أو لبنيها وهم لم يسقطوا ما يجب لهم فيعود ذلك لهم إذا عاد سببه وموجه وهو الزوجية. وقوله: لأنه أي الإمتاع حق له أي للزوج. وقوله: وبذلك أي: ما التزمه الزوج. ثم أخبر الناظم أن الأظهر عنده من الرأيين عود الإمتاع بالمراجعة كما صدر به أولاً، ونظر ذلك بالمسألة المتقدمة قريباً وهو من التزم لزوجته نفقة أولادها أو شروطاً فطلقت دون الثلاث بخلم يعني أو بغير خلع ثم راجعها فإن كل ما التزم لها أولاً مما ذكر يرجع عليه كما كان، ولما كان لها على الزوج شروط وتسقط عنه بالطلاق صارت كأنها أعطته شيئاً ليطلقها فسمّاها مختلعة، وحاصله أنه استظهر استواء المسألتين ولم يظهر له الفرق المتقدم، وعلى هذا نبه بقوله: كمن تختلع فكل ما تركه مرتجع فإن كان هذا مراده ففي قوله: كمن تختلع إلخ تكرار مع قوله كذا جرى العمل في التمتع البيت وتتركه بمعنى الماضي أي تركته. وما سقط من حقه بالطلاق أي يعود بالمراجعة. ولا يعني والله أعلم - أن كل ما تركه المختلعة للزوج من المال مما أعطته له من يدها أو سلمت له فيه مما في ذمته

يجب ردّه إليها إذا راجعها، إذ قد يتراجعان على ذلك وقد يردّ لها بعضه وقد لا يردّ لها شيئاً ولا يعطيها إلا ما يحلّ به النكاح فانظر ذلك والله أعلم. وبهذا حمل الشارح قوله: كمن تختلع، ولفظه: والأظهر عودة التمتع كالمختلعة التي تترك ما كان لها في مهرها من كاليّ وسواء فإذا عادت الزوجيّة بينها وبين مفارقتها عاد عليه كلّ ما تركته. اهـ وهو غير ظاهر لما قلنا من أنّ عود ما أعطته إنّما هو اتّفاقيّ في بعض الصّور لا لازم حتّى يقاس عليه. قال في المقصد المحمود: وإن أعمرت زوجة زوجها في دارها أو غيرها مدة الزوجيّة فطلقها الزوج فإن راجعها بقيت له العمري ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء، فلا ينقطع إلا بالثلاث إن راجعها بعد زوج؛ لأنّ قوله: أمد الزوجيّة يقتضي أمد العصمة وقد قال القاضي أبو الوليد بن رشد فيمن تطوّع لزوجته بنفقة ابنها من غير أمد الزوجيّة فطلقها ثم راجعها وأبى من الإنفاق فإنّ الإنفاق لازم له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء. كما قالوا في عودة اليمين قال الشارح رحمه الله: وما أشار إليه الشيخ - رحمه الله - من تفريق الأستاذ أبي سعيد ابن لبّ - رحمه الله - بينهما فإنّه قوله:

ورجعة الزوج تفيد كلّ ما قد كان في عصمته ملتزماً
من شرط أو نفقة لا تلزمه وإن يمتنع فالطلاق يهدمه
لأنّه حقّ له قد تركه وبغيره من بعده قد ملكه
وذاك حقّ واجب عليه فلم يكن إسقاطه إليه

فصل في التداعي في الطلاق أي في النزاع عند الطلاق

والزوج إن طلق من بعد البناء ولا دعاء الوطء ردّ معلننا
فالقول قول زوجة وتستحقّ. بعد اليمين مهرها الذي يحق
وإن يكن منها نكول فالقسم عليه والواجب نصف ما التزم
ويغرم الجميع مهما نکلا وإن يكن لا لابتناء قد خلا
فالقول قول دائر وقيل بل لزوجة وما عليه من عمل
يعني أنّ من تزوّج بامرأة وخلا بها خلوة اعتداء أي جيء بها إليه ومكّن منها وختلّ

فصل في التداعي في الطلاق

والزوج إن طلق من بعد البناء. إلى آخر الآيات الخمسة. وهذه المسائل هي قول المختصر

بينه وبينها الجوهري: هدبت المرأة إلى زوجها هداً وهي مهديّة ثمّ طلقها وقال: لم أسّها. وقالت: بل مسّني. فالقول قولها مع يمينها، ولها الصّدق كاملاً، وعلى هذا نبّه بقوله: والزّوج إن طلقّ اليتيم وذلك لأنّ إرخاء السّتر شاهدٌ عرفيٌّ فحلف معه وتستحقّ، فإن نكلت عن اليمين حلف الزّوج ولم يكن لها إلاّ نصف الصّدق، وعلى هذا نبّه بقوله: وإن يكن منها نكولٌ فالقسم البيت وذلك لأنّ نكولها كالشّاهد للزّوج فيحلف معه ويسقط عنه نصف الصّدق، فإذا نكل هو أيضاً بعد نكولها فيجب عليه الصّدق كاملاً، وعلى ذلك نبّه بقوله: ويغرم الجميع مهما نكلا وذلك لقولهم: النكول بعد النكول تصديقٌ للتّكامل الأوّل وهو هنا الزّوجة فلها جميع الصّدق وهذا إذا كانت الخلوة خلوة اعتداء، وأمّا إن كانت الخلوة خلوة زيارة فالقول قول الزّائر منهما مع يمينه، فإن زارته فالقول قولها أنّه مسّها ولها جميع الصّدق، وإن زارها هو فالقول قوله أنّه لم يمسّها وعليه نصف الصّدق، وقيل القول قول الزّوجة سواء زارته أو زارها، وليس العمل على هذا القول، فقوله: والزّوج إن طلقّ

وصدقت في خلوة الاعتداء وإن بمانع شرعي وفي نفية وإن سفيهة وأمة والزّائر منهما وإن أقر به فقط أخذ إن كانت سفيهة، وهل إن أدام الإقرار لرشيّة كذلك أو إن كذبت نفسها تأويلان. فقوله: صدقت أي المرأة كانت رشيّة أو لا حرة أو لا كبيرة أو صغيرة وهو كذلك في الجميع، وظاهره ولو لم يطل معها في الخلوة بل بقدر ما يمكن أن يطأها وهو كذلك وظاهره بلا يمين، وفي المسألة خلاف والراجح هو اليمين وكأنه اتكل على أن العرف يحلف معه وتصديقها إنّما هو للعرف والتي تحلف غير الصغيرة كما أخرجها ابن محرر من ذلك وقول ابن عرفة نالها إن لم تكن صغيرة مشكل واتباعه الخطاب أشكل إذا حلف الصغيرة لا يظهر أصلاً، ويأتي أن الصبي لا يحلف مع شاهده وهو قول المتن في الشهادات أن لا صبي إلخ وتقدم وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة، لكن السفيهة يحلف في الجملة كما إذا قام له شاهد وهو قول المتن: وحلف عبد وسفيهة مع شاهد إلخ. والحاصل الصغيرة لا تحلف هنا على ما يظهر رجحانه ومبني الخلاف هنا كما في ابن محرر وابن بشير هل العرف كشاهد أو كشاهدين؟ فعلى الأوّل هذه صغيرة قام لها شاهد والصغير لا يحلف مع شاهده، وعلى الثاني فلا يمين حتى على الكبيرة. وقوله: وإن بمانع شرعي أي ولو كان الزوج صالحاً على ملعبها خلاف ما أشار إليه اللخمي. وقوله: وفي نفية أي وأنكر بدليل قوله: وإن أقره وقوله: وإن سفيهة وأمة، والصغيرة كذلك لعلّ كون الوطء لا يعلم إلّا من جهتها وهذا منصوب عليه، والقول بالنظر للحرّة هو المنع، وقوله: والزّائر منهما أي يصدق أنّه لم يطأها إن زارها وتصدق هي إن زارته أنّه وطئ، والقرينة أن التصديق إنّما يقال فيما ينفع الإنسان عكس الإقرار. وقوله: وإن أقر به إلخ أي وأحرى الأمانة والصغيرة بينا الأحرورية في الشرح وظاهره ولو زارته وهو كذلك لكن فيه خلاف وبه تعلم ما في اعتراض ح مع أن ما اعترض به في باب آخر. وقوله: وهل إن أدام لأن الإقرار إلخ إنّما قال إن أدام لأن إكذابها نفسها إنّما يفيدها إذا وجده لم يرجع عن إقراره إلخ فاستعن به على ما تركه هذا الشارح أو خالفه فانهم.

من بعد البنا أي من بعد الخلوة بها إن كانت خلوة اعتداء. قال في التوضيح: أي خلتي بينه وبين امرأته. وهو مراد علمائنا بإرخاء المستور (وليس المراد) إرخاء ستر ولا إغلاق باب. قاله ابن أبي رزمين. اهـ ومفهوم قوله: من بعد البنا أنهما إذا اختلفا في المسيس بعد العقد عليها ولم تثبت خلوة بينهما فإن القول في ذلك قول الزوج. نقله الشارح عن ابن حارث ولا دعاء يتعلّق برّد ولامه زائدة، ومعلّناً حال من فاعل ردّ العائد على الزوج، وكان في قوله: وإن يكن منها نكول تامّة وآلف نكلا للثنية، أي كلّ منهما، وقد خلا خبر كان من قوله: وإن يكن للاعتناء، وقوله: فالقول قول رائر هو جواب قوله: وإن يكن قال في المقرب: قال سحنون: قال عبد الرحمن بن القاسم: قال مالك في رجل تزوّج امرأة وخلا بها وأرخى الستّر عليها ثمّ طلقها وقال: لم أمسّها، وقالت: قد مسني فالقول قولها وعليها العدة ولها الصّدق كاملاً إذا كان الدخول عليها دخول بناء وسواء في هذا دخل عليها في بيته أو بيتها، قلت: فإن كان بنى بها ودخل عليها نهاراً في رمضان أو وهي صائمة صيام نذر أو كفارة أو تطوّع ثمّ طلقها من يومه أو كانت محرمة أو حائضاً فطلقها قبل أن تحلّ إحرامها أو تغتسل من حيضتها وأنكر المسيس؟ فقال سئل مالك عن رجل دخل على امرأته وهي حائض ثمّ اختلفا، فقال الزوج: لم أمسّها، وقالت المرأة: بل قد مسني فالقول قول الزوجة إذا أرخيت عليها الستور فأنّا أرى كلّ من خلا بامرأته وأدعت أنّه قد مسّها فالقول قولها إذا كانت خلوة بناء، وإن كانت حين خلا بها في حالة لا ينبغي له أن يجامعها فيها. اهـ وقد اختصر ابن الحأجب هذه المسألة بأوجز عبارة والأطف إشارة فقال: والمذهب أنّ القول قولها في الوطء إذا خلا بها خلوة اعتداء وإن كانت محرمة، أو حائضاً، أو في نهار رمضان. ثمّ قال: وفي خلوة الزيارة مشهوراً قول الزائر منهما للعرف بخلاف خلوة الاعتداء. التوضيح: المشهور إن زارته فالقول قولها لأنّ العرف أنّ الرجل ينشط في بيته، وإن زارها هو في بيتها فالقول قوله لأنّ العرف أنّ الرجل لا ينشط إليها، وهذا معنى قوله: للعرف اهـ وقال المتطي: القول قولها رشيدة كانت أو سفیهة، كان البناء في داره أو في دارها، وقع الطلاق عن قرب من البناء أو بعد، ولها المهر كلّ ولا رجعة له لإنكاره الوطء، واختلف في يمينها، وسكت عن اليمين في المدوّة، وقال في كتاب محمد وكتاب ابن الجهم: عليها اليمين. اهـ. وعلى وجوب اليمين اعتمد النّاظم لأنّ إرخاء الستور شاهد عرفي كمعرفة العفاص والوكاء في اللقطة، والمشهور أنّ العادة والعرف كشاهد واحد فلا بدّ من اليمين معه، وقيل: كالشاهدين فلا يمين. وقال للمتطي أيضاً: وقال القاضي أبو محمد قاعدة: كلّ من حكم بقوله فلا بدّ من يمينه. اهـ. وقال ابن الحارث: روي عن ابن وهب أنّه قال: رجّع مالك عن كون القول قول الزائر إلى أنّ القول قول المرأة حيثما أخذهم الستّر

قوله: (وليس المراد الخ) الأمر كذلك ولكن أصل التسمية هي الأمر الغالب وهو أن الغالب إرخاء ستر على الزوج أو غلق باب ولكن لا يكون ذلك إذا انتفى تصديق الزوجة.

وكانت الخلوة. ١ هـ وعلى هذه الرواية نبّه الناظم بقوله: وقيل بل لزوجة وما عليه من عمل ولم ينقل الشارح فقهاً يوافق قول الناظم:

وإن يكن منها نكولٌ فالقسم عليه والواجب نصف ما التزم
ويغرم الجميع مهما نکلا

ولكنه جارٍ على الفقه ظاهر الوجه والله أعلم.

ومن كسا الزوجة ثم طلقا يأخذها مع قرب عهدٍ مطلقاً
والأخذ إن مرت لها شهور ثلاثة فصاعداً محذور
وإن يكونا مختلفا في الملبس فالقول قول زوجة في الأنفس
والقول للزوج بثوبٍ ممتنهن وليس ذات الحمل بالحمل اقترن
وحيثما خلفهما في الزمن يقال للزوجة فيه يئني
وعجزها يمين روجٍ يوجب وإن أراد قلبها فتقلب

اشتملت الآيات على مسائل: الأولى: من كسا زوجته ثم طلقها طلاقاً باتناً ولا حمل بها بحيث لا يجب لها عليه كسوة، وأراد الزوج أخذ كسوته، فإن كانت كسوته لها قبل الطلاق بأقل من ثلاثة أشهر فله أخذ كسوته كيفما وجدها، وإن كانت قبل الطلاق بثلاثة أشهر فصاعداً فلا يأخذها، وإلى هذه المسألة أشار الناظم بقوله: ومن كسا الزوجة ثم طلقا البيتين ومعنى الإطلاق في البيت الأول كيفما وجدها خلقاً أم لا. المسألة الثانية إذا كساها ثم طلقها ودعى أنها الكسوة الواجبة عليه ليستردّها (إن كان الطلاق بالقرب) كما ذكر في المسألة الأولى، وادّعت هي أنه أهناها لها فهي هبة قد حيزت، فالقول للزوجة في الثوب الرفيع المناسب لدعواها، والقول قول الزوج في ثوب المهنة المناسب لما يفرض عليه ويلزم به، وإلى هذا أشار بقوله:

وإن يكونا مختلفا في الملبس فالقول قول زوجة في الأنفس
والقول للزوج بثوبٍ ممتنهن المسألة الثالثة: من طلق زوجته حاملاً (فإن لها عليه

(ص): ومن كسا الزوجة ثم طلقا. إلى آخر الآيات الستة.

قوله: (إن كان الطلاق بالقرب) لم يصرّح به ابن الناظم، ووجه القيد أنه يريد ردّها، والردّ إنما يكون بالقرب فالقيد يبيّن.

الكسوة) ما دامت حاملاً، وإليها أشار بقوله: ولبس ذات الحمل بالحمل اقترن المسألة الرابعة: إذا كساها وطلقها وانفقا على أنها الكسوة الواجبة عليه ولكن اختلفا في قرب الزمان بعده، فادعى الزوج قرب زمان كسوته لها ليستردّها منها، وادّعت هي طول زمن ذلك لتبقى لها، حسبما تقدّم فعلى الزوجة البيّنة بطول الزمن لأنها مدعية، فإن عجزت عنها حلف الزوج لأنه مدعى عليه، فإن أراد قلب اليمين على الزوجة فله ذلك، وعلى ذلك نبّه بقوله: وحيثما خلفهما في الزمن البيّتين قال في الوثائق المجموعة: وإن كسا الرجل امرأته كسوة ثم طلقها طلاقاً لا تجب لها به نفقة ولا كسوة، فإن أراد أخذ كسوته منها فإن كان مضى لا يتبايع لها أشهر وكان ذلك ثلاثة أشهر فما فوقها إلى العشرة فهي للمرأة ولا شيء فيها للرجل، وإن كان أقلّ من ذلك فهي للرجل، فإن اختلفا وادّعى الزوج أنّه ابتاعها منذ شهرين، وادّعت المرأة منذ ثلاثة أشهر وزيادة، فعلى المرأة إقامة البيّنة على مدة الابتاع لأنها تريد استحقاق الكسوة، فإن عجزت عن إثبات ذلك كان لها اليمين على الزوج. قال ابن فتحون: بعد نقله من المدونة استحباب ماله إذا مات الزوج أو المرأة بعد الأشهر أن لا يتبع المرأة بشيء من الكسوة ما نصّه: والذي وقع في الكتاب المذكور إنّما هو في الكسوة التي يفرضها القاضي. وأمّا ما كساها الزوج على وجه الهدية فلا شيء له فيها خلقت أو لم تخلق، قرب عهدها أو بعد، وهي موروثه عنها، فإن اختلفا فقال: الزوج هذه الكسوة ممّا فرض عليّ. وقالت الزوجة: بل هي ممّا أهديته إليّ. كان القول قول الزوج بيمينه، إلا أن تكون الكسوة ممّا لا يفرض مثلها القاضي فيكون القول قولها أو قول ورثتها. وفي المقرّب قلت: فإن دفع الزوج لها ثوباً فقالت: أهديته إليّ. وقال: بل هو ممّا فرض القاضي عليّ. فقال: القول قول الزوج، إلا أن يكون الثوب من الثياب التي لا يفرضها القاضي مثلها فيكون القول قولها هـ. فقله في الوثائق للمجموعة: وإن كسا الرجل امرأته إلخ هي المسألة الأولى في النظم، وقوله: فإن اختلفا وادّعى الزوج وما بعده هي المسألة الرابعة في النظم. وقوله: فإن اختلفا فقال الزوج وما بعده عن المقرّب هذه المسألة الثانية في النظم. ومثل الإمام أبو إسحاق الشافعي - رحمه الله - عن تاجر في الثياب وغيرها توفي فادّعى ورثته في بعض الثياب التي هي من شاكلة المرأة واحتوى عليها منزلها أنّها من جملة متخلّفه، وادّعت المرأة أنّ الزوج ساقها لها وأنّها متاعها لا من المتخلّف، فقول من يكون القول؟ فاجاب إنّ دعوى المرأة في الثياب أنّ زوجها ساقها لها لا تسمع إلا إذا قامت البيّنة على أنّ تلك الثياب بأعينها من جملة السباقة وأنّه وهبها لها على الخصوص، فإن لم تقم على ذلك فالقول قول ورثة الميت مع إيمانهم أنّهم لا يعلمون تلك الثياب من جملة مال

وقوله: (فإن لها عليه الكسوة) أي وكذلك النفقة وغيرها ممّا يجب للحامل، ولكن الكلام هنا إنّما هو في الكسوة سابقاً ولاحقاً فافهم، وكلام هذا الشارح هنا حسن لا بأس به تبعاً لابن الناطم.

المرأة ولا متاعها إلى آخر نصّ اليمين. لا تدخل هذه النّازلة في مسألة الاختلاف في متاع البيت لكن يبقى النّظر في لباسها تلك الثّياب وامتنانها لها هل تستحقّها بذلك أم لا، والصّحيح في المذهب أنّ الرّجل ليس له أن يجمع كسوة المرأة عند فراقها إذا كانت مبتدلة، فإن لم تبدل كان له ارتجاعها، فهذه الثّياب مثلها إن كانت الزّوجة قد ابتدلتها فهي لها، وإلاّ صارت ميراثاً له من الشّارع وإنّما كان القول قول ورثة الزّوج لإقرارها أنّها للزّوج وأدعت أنّها أعطاهما إياها فلا تقبل دعواها ولذلك لم تدخل في الاختلاف في متاع البيت وإن كان ممّا يصلح بالمرأة لأنّ ذلك حيث لم يعلم لمن هو الشّيء المتنازع فيه وهذا قد علم أنّه للزّوج فلا يخرج عن ملكه إلاّ ببيان.

فصل

ومن يطلق طلاقاً رجعيّة ثمّ أراد العود للزّوجيّة

(ص): ومن يطلق طلاقاً رجعيّة. إلى آخر الآيات الأربعة. هذه المسائل هي قول المختصر: وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن، وسئل النساء إلخ. وقوله: وصدقت أي المعتدة رجعية كانت أو باتناً، غير أن الرجعية انقضاء عدتها يتضمن حكماً: رجعة زوجها لها وإباحتها للأزواج، بل يتضمن أموراً آخر كإرادته تزويج غيرها والرجعية هي الرابعة أو أختها والإنفاق والسكنى. وقوله: زوجاتي طوائق إلى غير ممّا ذكره عند قول المتن، والرجعية كالزّوجة والإرث وما يشبه ذلك، وغير الرجعية يتضمن انقضاء عدتها وإباحتها للأزواج وانقطاع السكنى والنفقة إن كانت حاملاً إلى غير ذلك، هذا الذي دلّت عليه النصوص الصريحة. وقوله: وصدقت كانت حرة أو أمة وهو كذلك، وبيّنا ذلك عند قول المتن ووجب إن وطئت بزنا وظاهره أيضاً ولو كانت نصرانية وهو كذلك وفي حكمها اليهودية كما بيّنا في الشرح، وقوله: عدة الإقراء والوضع احتسرت به من عدة الأشهر فإنّ النساء والرجال فيهما سواء. وقوله: بلا يمين هو المصرّح بأنّه المشهور، وما قاله ابن النّازم تبعاً لوالده حسن حيث قال: ولعلّ الشّيخ رحمه الله يعني والده اعتمد القول باليمين لفساد الأمانة أو وقف على أن العمل به اليوم، وعبارة الشّهذيب: وليس العمل على أن تحلف إلخ فكتب عليه أبو الحسن ما نصّه: ليس هذا في الإسهات عن مالك وإنّما أدخله سحنون عن أشهب، وأشهب هو الذي حكى قضية أبان إلخ، والقضية هي أن امرأة ادعت أنها انقضت عدتها في خمسة وأربعين يوماً فصدقها أبان وقال تحلف. وقوله: ما أمكن مفهومه أن ما لا يمكن فيه الانقضاء لم تصدق وهو كذلك. وقوله: وسئل النساء أي في الممكن إذ لا سؤال إلّا فيما يشكّل كما في كلام أبي الحسن ولكن عبر بالأمر الغامض فالممكن قسمان: ما هو غالب تنقضي فيه العدة فتصدق فيه بلا سؤال، وما هو نادر فهو الذي يسأل عنه إلخ فافهم هذا. والإسقاط إن ادعته فهو ممكن ولو قرب فدخل في قوله ما أمكن ولو لم يعلم الجريان بإسقاطها، ولكن انظر في الشرح كلاماً في يمين المرأة هنا وفي مسائل كثيرة. تمكّيت: قال ابن العربي: عادة

فالقول للزوجة واليمين على انقضائه علة تين
ثم له ارتجاعها حيث الكذب مستوضح من الزمان المقترب
وما ادعت من ذلك المطلقة بالسقط فهي أبداً مصدقة

يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً ثم أراد رجعتها فزعمت أن عدتها انقضت فالقول قولها مع يمينها إذا كان يمكن ذلك، فإن قرب ما بين الطلاق والرجعة جداً بحيث لا يمكن انقضائه عدة الأقراء فيه وتبين كذبها فله مراجعتها، فإن ادعت أن انقضائه كان بسبب سقط أسقطته فالقول قولها ولو بقرب من الطلاق، وعلى تصديقها ولو بالقرب. نبه بقوله:

الناس عندنا أن تحيض المرأة مرة في الشهر وقد قلت الأديان فلا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر إلخ. ونقله صاحب التوضيح وغيره. ولما نقله أبو الحسن قال بعده ما نصّه الشيخ أبو محمد صالح فجعل نساء مدينة فاس كلهن مسنات الشيخ وتسأل بعد ثلاثة أشهر هل حاضت ثلاث حيض أم لا؟ انظر على قول ابن العربي هل للزوج الرجعة؟ فقد عورض بهلها بعض الموثقين ولكن لا تكون الرجعة إلخ وهذا منه بلفظه، وكلام أبي محمد صالح غير ظاهر، فإن كلام ابن العربي دال على اعتبار الأقراء الذي هو في القرآن وكذا تخصيصه نساء فاس. وقال ابن فرحون في ترجمة ما ينبغي للشهود أن يتفطنوا^(٨٧) له ما نصّه: ومن ذلك ما أهملوه من سؤال المعتدة إذا أرادت النكاح ومباحثتها عن انقضائه العدة بما تفهم به أحكامها من تفصيل وتعيين الأقراء ونحو ذلك من شرط الحيضة في عدة الوفاة فينبغي الاجتهاد في ذلك، ولا يكفي بقولها: قد انقضت عدتي على الإجمال فإن النساء اليوم قد جهلن ذلك جهلاً كثيراً، بل جهله كثير ممن يظن به علم ويرى لنفسه حفظاً وتقدماً. قال: وقد عاينت بعض الجاهلة من الموثقين يستغني عن سؤال المرأة جملة إذا هو وجد لتاريخ الطلاق شهرين فصاعداً، واتخذ اليوم هذا المقدار من المدة كثير من الرجال والنساء أصلاً في إكمال عدة الطلاق، وما أدري كيف كان أصل هذا الغلط القبيح أهد. بلفظه. وما أحسن هذه النصيحة إذ تركها لحزبي وفضيحة. وقوله: وينبغي ربما يحمل على الوجوب. وقوله: من شرط الحيضة إلخ أشار به لمضمون قول المختصر في فصل العدد ما نصّه: إن تمت قبل زمن حيضها وقال النساء لا رية بها إلخ. وقوله: فصاعداً إلخ سبب الغلط في ثلاثة أشهر لعله هو العمل على الغالب من حيضة المرأة في كل شهر مرة كما رأيت في كلام ابن العربي وذات الأقراء اعتدادها بها إجمالاً كما في نهاية الحفيد وغيرها إذ هو كذلك في القرآن، وإن اختلف في المراد بالأقراء هل هو الاطهار أو الحيض؟ وحاصل الأمر أن المرأة إذا لم يمض لطلاتها ثلاثة أشهر فإنها لا تزوج على ما قاله ابن العربي أنها لا تصدق في أنها حاضت ثلاثاً قبل ثلاثة أشهر، وكذلك المعتدة من وفاة لا تزوج قبل تمام أربعة أشهر وعشر، وبعدها ينظر في قول المختصر: إن تمت قبل رمتها إلخ من قبل سؤلها، وكلام النساء العارفات وكلام اللامية للزقاق

(٨٧) يتفطنوا: يدرکوا بحق ومهارة.

أبدًا والإشارة بذلك لانقضاء العدة. وقوله: «تين» بضم التاء مضارع أبان، وهو خبرٌ عن اليمين، أي أن يمينها على انقضاء العدة تين عصمتها وتخرجها من العدة، قال في الوثائق المجموعة: فإن أراد ارتجاعها وقالت: قد انقضت عدتي كان القول قولها إذا كان قد مضى من العدة ما يشبه أن تحيض فيه ثلاث حيض ولم يكن له ارتجاعها. وفي طرر ابن عات قال ابن الهندي: وفي مقالات ابن مغيث مع يمينها. وفي الوثائق المجموعة أيضًا: وإن استبان كذبها لقصر المدة راجعها على ما أحببت أو كرهت. وقال المتيطي: وإن قالت: قد انقضت عدتي بسقط قبل قولها وإن كان ذلك بعد الطلاق بيوم، ولا يمين عليها، ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها هـ. وما حكاه المؤلف من حلف المرأة هو الذي حكاه ابن مغيث عن ابن الهندي كما تقدم، ونقل المتيطي أنها تصدقت بلا يمين وقال: إن العمل عليه. وعليه اقتصر صاحب المختصر حيث قال: وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين ما أمكن، ولعل الشيخ اعتمد القول بيمينها لفساد الزمان وقلة الأمان.

ولا يطلق العبيد السيد إلا الصغير مع شيء يرفد
وكيفما شاء الكبير طلقا ومتبهاه طلقتان مطلقا
لكن في الرجعي الأمر يبدد دون رضا وليها وسيد.

يعني أن الطلاق بيد العبد لا بيد سيده، فليس للسيد أن يطلق زوجة عبده إلا إذا كان

وبعض كلام شارحها الشيخ ميارة يقتضي أن العمل جرى بفاس على أن اعتداده بثلاثة أشهر كالياسة، وليس الأمر كذلك بل ذلك غلط فاحش، وكان هذا جاءهما من كلام أبي محمد صالح، وابن العربي لم يقل ذلك، وبعض كلام الشيخ ميارة صريح في الحق أو كالصريح وذلك هو الصواب، وقد كان من أدركنا من عدول فاس أدامها الله لاهلها وأمنهم بها ممن له علم منهم وديانة يبنه على هذا كثيرًا، وأكثرهم تنبهاً على ذلك الرجل الصالح سيدي العربي الفشتالي جزاهم الله عنا خيرًا، وابن العربي إنما منع التصديق في ثلاث حيض قبل تمام ثلاثة أشهر، وأما إن قالت المرأة لم أحض أصلاً أو حضت واحدة أو اثنتين فقط فإنها لا تزوج ولو مر لها أكثر من ثلاثة أشهر وهو قول المختصر ولو مات زوجها بعد كسنة إلخ تلك المسائل وما شرحوها في فصل الرجعة، وقال البرتاسني عند قول التحفة: ومن يطلق طليقة رجعية. إلخ ما نصه: فينبغي في هذا الزمان الذي لم يبق فيه من الإسلام إلا اسمه أن يعمل بقول ابن العربي على ما نقل الفلشاني عن ابن عرفة عنه قال: قلت الأديان في الذكران فكيف بالنسوان؟ فلا تمكن المطلقة من التزوج إلا بعد ثلاثة أشهر إلخ. وانظر كلام ابن العربي مع دخول الكسائية في مضمون قول المتن وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع إلخ. لكن كلام ابن العربي تشهد له أمور انظرها في الشرح، وبهذا يضعف اعتراض من اعترض على ابن العربي.

(ص): ولا يطلق العبيد السيد إلى آخر الآيات السبعة.

العبد صغيراً عقد عليه سيده فله أن يطلق عليه لكن بشرط أن يأخذ له شيئاً يرفد به أي يعان به، وعلى هذا نبه بالبیت الأول، فقوله: «العبيد منصوبٌ على إسقاط الخافض أي على العبيد». والسيد فاعل «يطلق» والصغير نعتٌ لمُحذوف دلّ عليه قوله: العبيد أي إلا العبد الصغير فليسيد أن يطلق عليه بالخلع. وقوله وكيفما شاء الكبير طلقاً البيت يعني أن العبد الكبير يطلق كيفما شاء بخلع أو بغيره، واحدة أو أكثر، إلا أن منتهى طلاقه طلقان سواء أوقعهما معاً في حالة رقه أو طلق واحدة في رقه ثم عتق فلا تبقى له إلا واحدة. وأما إن لم يطلق حتى عتق فهو كالحرة بالأصالة يطلق ثلاثاً سواء كانت زوجته حرة أو أمة ليس له إلا طلقان لأن الطلاق معتبر بالرجال والعدة معتبرة بالنساء، وسواء كان رقيقاً كله أو بعضه، وعلى هذه الوجوه الثلاثة نبه بالإطلاق. وأشار بقوله: لكن في الرجعي البيت إلى أن العبد إذا طلق ثلاثاً رجعيّاً فإن أمر الرجعة بيده إن شاء راجع أو ترك، فإن راجع فلا يحتاج لإذن سيده ولا لإذن وليها إلا أن العصمة التي أذن له سيده فيها ما رالت بيده وليست رجعتها ابتداءً نكاح حتى يحتاج إلى إذن سيده ووليها. قال في المنتخب: وظاهره لابن القاسم قلت له: أيجوز للسيد أن يطلق على عبد امرأته؟ قال لا؛ لأن الطلاق بيد العبد. قلت: فإن كان العبد صغيراً لم يبلغ فزوجه سيده ثم أراد أن يطلق عليه؟ فقال: ليس ذلك له إلا بشيء يأخذه له فيكون خلعاً. وفي التوارد: وليس للسيد أن يبرأ عن عبده وقد نكح بإذنه حتى يرضى العبد. قال عبد الملك ويزوج عبده الصغير ولا يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له كاليتيم الصغير. (قال ابن الحارث: واتفقوا) في العبد أن طلاقه طلقان. وقال في الكافي: وطلاق العبد على النصف من طلاق الحرّ وذلك طلقان لأن الطلاق لا يتبعّض فإذا طلق زوجته طلقاً في حين رقه ثم عتق بقيت له فيها طلقاً واحدة. وقال ابن أبي ريد في مختصره: وجميع طلاق العبد طلقان لأن الله عز وجل قد جعل حدّ الأرقاء نصف حدّ الأحرار، والطلاق والعدة من معاني الحدود. وفي التوارد من كتاب ابن المؤاز: وكذلك يرتفع العبد بغير إذن سيده ولا إذن سيده زوجته اهـ.

والحكم في العبيد كالأحرار في غاية الزوجات في المختار

يعني أن العبيد كالأحرار في غاية الزوجات، كما أن غايتها للحر أربع نسوة، وهذا متفق عليه فيه، كذلك غايتها للعبيد أربع زوجات أيضاً على المشهور المختار، ومقابلته لا يتزوج العبد إلا اثنتين. قال في المقرب قلت له: ألعبد كم يتزوج؟ فقال مالك: أحسن ما سمعت فيه أن له أن يتزوج أربعاً. قلت له: إن شاء إماء وإن شاء حرائر؟ قال نعم ذلك له. وفي التوارد من كتاب ابن المؤاز: قال مالك: وللعبد أن ينكح أربع نسوة. وهذا أحسن ما سمعت، وقال ربيعة قاله عنه أشهب وإن كان له حرتان وعلوكسان فذلك جائز إن أذن له

قوله: (قال ابن حارث واتفقوا إلخ) أي الطلاق الذي لا يرد زوجته معه إلا بعد زوج.

أهله. وروى عنه أشهب: في نكاح أربع نسوة: إنا لنقول ذلك وما ندرى ما هو. ثم قال الشارح: وروى ابن وهب اقتصاره على اثنين. وقال ابن الحاجب: والزائد على أربع ممتنع للحر والعبد. وقال ابن وهب: الثالثة للعبد كالحامسة للحر. التوضيح: لا خلاف بين أهل السنة في تحريم ما زاد على أربع (لحديث غيلان الثقفى) ونحوه خلافاً لبعض المبتدعة، ووجه المشهور في إباحة الأربع للعبد عموم قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَى ثَلَاثٍ وَرَبَاعٍ﴾ [النساء: ٣] وقاس ابن وهب ذلك على طلاقه، ويحتمل أن يكون منشأ الخلاف اختلاف الأصوليين في دخول العبيد تحت الخطاب وعدم دخولهم أ. هـ. (ومن الذخيرة) تمهيد: للعبد مع الحر أربع حالات التشطير كالحدد، والمساواة كالعبادات، ومختلف فيه كعدد الزوجات، وأجل الإيلاء، والعنة، والمفقود، وحد القذف، فعلى التصد، في جميع ذلك عند مالك وقيل بالمساواة، وسقط عنه واجب على الحر كالزكاة والحج أ. هـ. ولعله يعني بالعنة الاعتراض.

ويتبع الأولاد في استرقاق للآم لا للآب في الإطلاق
وكسوة لحره والنفقة عليه والخلف بغير المعتقة
وليس لازماً له أن ينفقها على بنيه أعبدًا أو عتقا

يعني أن الأولاد يتبعون أمهم في الرق والحرية، فإذا كانت أمهم حرة فهم أحرار، وإن كانت أمهم مملوكة فهم أرقاء سواء كانوا من نكاح أو من ملك اليمين (إذا كان أبوهم قنًا)، وعلى ذلك تبّه بالإطلاق والله أعلم. هذا إن كان الإطلاق راجعاً لقوله: للآم ويحتمل وهو

قوله: (لحديث غيلان الخ) حديث غيلان فيه ضعف، ونقلناه عند قول المختصر واختار المسلم أربعاً. قوله: (ومن الذخيرة الخ) لفقنا هذا على ما هو الراجح من غير اعتبار خلاف ولا ذكره بما نصّه:

العبد كالحر بلا تفند في كل ما يرجع للتعبد
وعدد في زوجة بلا افتيات وساقط عنه كحج وزكاة
ونصف حر له في الحدود ونحوها كالأجل المحدود
في عنة والفقد والإيلاء في راجح خله بلا امتراء
وكل ذا لحكمة يعلمها إلهاً سبحانه بلا انتها

(هـ): ويتبع الأولاد في استرقاق إلى آخر الآيات الثلاثة.

قوله: (إذا كان أبوهم قنًا) احتراز به من ولد العبد من أمته التي تسرى بها فإنه قن، وكذا

أقرب أن يرجع لقوله: لا للأب أي لا يتبعون أباهم حرًا كان أو عبدًا، وعلى الاحتمال الأول يستثنى من ذلك الإطلاق إذا كانوا من ملك اليمين وأبوهم حرّ فهم أحرار ولا يتبعون أمهم في الرقّ فهي وإن داخلتها شائبة الحرية بالحمل من سيدها الحرّ لكنّ القاعدة أنّ كلّ من فيه شائبة رقّ فله حكم الرقيق الخالص. فإذا تزوّج الرجل امرأة فأولاده معها تابعون لها في الرقّ والحرية سواء كان هو حرًا أو عبدًا، وإن كانوا من ملك اليمين وأبوهم عبدّ فهم أرقاء، كما إذا اشترى أمّة وأولادها فأولادها أرقاء لسيده، وإن اشترى الحرّ أمّة وأولادها معها أحرار غير تابعين لأمهم. فتلخص من هذا أنّ الأولاد إن كانت أمهم مملوكة لأبيهم فهم تابعون لأبيهم. وإن كانت أمهم زوجة لأبيهم فهم تابعون لأمهم، وعلى هذا الطرف الأخير تكلم النّازم - رحمه الله تعالى - قال ابن حارث في أصول الفتيا: قال محمّد أصل مذهب مالك في الصّبيّ أنّ حكمه في الرقّ والحرية حكم أبيه إن كان الفراش فراش ملك اليمين، وإن كان فراش نكاح فحكمه حكم أمه في رقبها وحرّيتها. وقوله: وكسوة الحرّة البيت يعني أنّ العبد إذا تزوّج حرّة فإنّ عليه نفقتها وكسوتها كالحرّ، (واختلف إن تزوّج العبد أمّة) ف قيل ذلك عليه وهو المشهور، وقيل: ذلك على سيدها، وعلى هذا الخلاف نبّه بقوله: واختلف بغير المعسقة والباء ظرفيّة قال في المتطيّة: قال في المدونة في العبد له زوجة حرّة: عليه النّفقة. قال مالك ويقال له أنفق أو طلق. قال ابن الموّاز: ولا خلاف في ذلك أنّ على العبد أن ينفق على زوجته الحرّة. وفيها أيضًا: قال الشيخ أبو الحسن: ويختلف إذا كانا عبيدين. فعلى القول أنّه لا نفقة على العبد للحرّة لا يكون لها إن كانت أمّة، وعلى القول أنّ عليه ذلك للحرّة يختلف إن كانت أمّة، والمبدّرة والمعسقة إلى أجل كالأمّة. قال الشّارح - رحمه الله -: يظهر من كلام اللّخميّ أنّ في وجوب النّفقة للحرّة الخلاف. وهو خلاف ما سبق لابن الموّاز من أنّه لا خلاف في ذلك. فتأمّله وقوله: وليس لازماً له أن ينفق البيت (يعني أنّ العبد لا يلزمه أن ينفق على أولاده) عبيدًا كانوا أو أحرارًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: وليس لازماً له إلخ عتقا بضمّ العين وفتح التاء جمع عتق، ووجه ظاهر، وذلك أنّهم إن كانوا أحرارًا لكون أمهم حرّة فتكون نفقتهم من مالهم إن كان لهم مالٌ وإلا فعلى المسلمين، وإن كانوا عماليك لسيّد أمهم فنفتهم على سيدهم، ولا يجوز للعبد إتلاف مال سيده، وعلى هذا فصول التعبير لا يجوز له لأنّه ليس لازماً له والله أعلم. وإن كان أولاد العبد من أمته جاز له الإنفاق عليهم لأنّ المال لسيده وأولاده مملوكون

يكون ولده فتا إذا تزوّج بأمة كتزوج الحر بها، وإنما يكون الولد حرًا إذا كانت أمه حرّة أو كان واطيها الأمّة مالكتها الحرّ، وكذا المغرور بالحرّة فولده حر، وهو قول المتن، وولد المغرور الحر فقط حر. قوله: (واختلف إن تزوّج العبد أمّة) والحاصل النّفقة على الزوج مطلقًا حرًا كان أو عبدًا، كانت الزوجة حرّة أو أمّة أو فيها شائبة من شوائب الرقية. قوله: (يعني أنّ العبد لا يلزمه أن ينفق على أولاده إلخ) هذا هو قول المختصر في النّفقة: ولا نفقة لحمل ملاعنة ولا أمة ولا على عبد

له أيضاً فلم يتبرع بمال سيده بل أنفق فيما يجب على سيده. قال في التوارد: قال مالك: ليس على العبد في أولاده الأحرار ولا المالك نفقة (ولا إرضاع) إلا أن يكونوا لسيده أ. هـ.

فصل في الرجعة

وكابتداء ما سوى الرجعي في الإذن والصدّق والولي

ولا رجوع لمريضة ولا بالحمل ستة الشهور وصلا

يعني أن الرجعة من الطلاق البائن كابتداء النكاح في اشتراط الإذن من الزوجة - إن لم تكن مجبرة - والصدّق والولي والإشهاد عند الدخول، وإذا اشترط ذلك فلا رجوع للمريضة مرضاً مخوفاً ولا لحاملي بلغت ستة أشهر لأنها مريضة، فلو أدخل الفاء على رجوع ليعلم كونه نتيجة عما قبله لكان آيّن. قال ابن عبد الرّفيع في معين الحكام: وإذا راجع الزوج زوجته المخالعة أو المبرأة فلا بدّ من رضاها وولي وصدّق، إلا أن تكون مريضة أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستة أشهر فلا يجوز ذلك أ. هـ. ومفهوم قوله: ما سوى الرجعي أن الرجعة من الرجعي ليست كابتداء النكاح فلا يشترط إلا كون الزوج عاقلاً، بالغاً، ويرتفع ولو كان محرمّاً، أو عبداً، بغير إذن سيده، لأن الزوجة ما زالت في عصمته. ابن الحاجب: وشرط المرتجع أي: من الطلاق الرجعي أهلية النكاح، ولا يمنع

إلا الرجعية. قوله: (ولا إرضاع إلخ) هو داخل في النفقة.

فصل في الرجعة

(ص): وكابتداء ما سوى الرجعي إلى آخر البيتين. قال في المختصر: يرتفع من ينكح وإن بكأحرام وعدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة صحيح حلّ وطؤه إلخ. فقوله بكأحرام أدخلت الكاف المرض والجنون فإن ذلك مانع من الارتجاع كما إذا طلق وهو عاقل ثم جنّ، وشروط المرتجع خلط الناس فيها كثيراً، ولكن الحق فيها أن المرتجع يشترط فيه أن يكون عاقلاً، فلا رجعة لمن لا يعقل لجنون أو سكر أو صغر فقط، وأما الصبي المميز والسفيه فتصحّ منهما لصحة نكاحهما، والإكراه يمنع النكاح، فكل ذلك الرجعة والعبد والمجرم والمريض ارتجاعهم جائز، وأما نكاح فللمحرم نكاحه حرام وهو قول المختصر، وإحرام من أحد الثلاثة، وقال أيضاً: وهل يمنع مرض أحدهما إلخ. والعبد والسفيه والصبي نكاحهم جائز بدليل صحة النكاح منهم والأصل في الصحيح الجوار، ولكن انظر الجوار في نكاح العبد عند قول المختصر: وللسيد إلخ والصبي المميز إنما ذكرناه باعتبار أنه متاهل للنكاح وإلا فإنه لا يرتفع من جهة أخرى في كون وليه لا يطلق عنه إلا بعوض، وطلاقه في نفسه لا يصحّ وهو خارج من قول المصنف طالقاً غير بائن، وكذا صغير العبد لأنه لا يطلق عليه سيده إلا بعوض، مع أن الصبي يخرج أيضاً من قول المختصر في عدة صحيح وزوجة

مرض، ولا إحرام، ويرتجع العبد بغير إذن سيده. التوضيح: يعني أن المرتجع يشترط فيه أن يكون أهلاً للنكاح، فلا بد أن يكون عاقلاً، بالغاً. وقوله ولا يمنع مرض أي: لا يمنع من الرجعة ما يمنع من ابتداء النكاح، وحاصله أن المتزوج والمرتجع يستويان في الشروط دون انتفاء الموانع، ولم يمنع المرض؛ لأن المطلقة طلاقاً رجعيّاً تراث، فلم يكن في ارتجاعها إدخال وارث، بخلاف ابتداء النكاح. وقوله: ولا إحرام، يريد سواء كانت هي محرمة أو هو أهـ. وقوله ويرتجع العبد بغير إذن سيده؛ لأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في توابعه ولأن الرجعة زوجته أهـ.

وزوجة العبد إذا ما عتقت واختارت الفراق منه طلقت

بما تشاؤه ومهما عتقا فما له من ارتجاع مطلقاً

يعني: إذا كان العبد متزوجاً بأمة ثم أعتق الأمة سيدها عتقاً ناجزاً؛ فإن لها الخيار في الإقامة مع زوجها أو مفارقتها. ويحال بينه وبينها حتى تختار، فإن اختارت البقاء فلا إشكال، وإن اختارت الطلاق وقالت: اخترت نفسي فهي واحدة بائنة، إلا أن تنوي أكثر، فيلزم ما نوت، وعلى ذلك نبه بقوله: مما تشاؤه فإن اختارت نفسها وطلقت ثم عتق العبد فلا رجعة له عليها، سواء عتق في العدة أو بعدها، وعلى ذلك نبه بقوله: مطلقاً قال في

الصبي لا عدة لها وإن خلا بها وهو قول المختصر، ولولي صغير فسخ عتقه بلا مهر ولا عدة. وقوله: طالقاً غير بائن ظاهره أنه لا رجعة في البيونة كانت بخلع أم لا، كانت طلقة حاكم أو بالبتة أو بالتامليك، أو يكون الطلاق قبل البناء أو بسبب عيب، وإن خالف في ذلك التونسي والبخمي، ولا يخفك ما في بعض الشروح مما يخالف هذا، أو طلقت ثلاثاً في دفعة أو كملت في مرار، أو بائنتين من العبد أو بردة، والمطلق عليه بالإنفاق وعدم الفينة في الإيلاء، لكن هذان يرتجعان بشرط إن وجد وإلا فلا كما في المختصر نفسه. ففي الإيلاء هو قوله: وتتم رجعته إلخ. وفي الإنفاق هو قوله في فصل النفقة وله الرجعة إن وجد في العدة إلخ. وقوله في عدة لا إن خرجت منها فلا رجعة، ويشمل ما إذا وضعت واحداً وبقي آخر فإنه يرتجع وهو قول المختصر في العدة، وعدة الحامل في طلاق أو وفاة وضع حملها كله، وقوله صحيح أي ما لا يقر عليه بالدخول كنكاح في السر، وإلا فإن دخل وأقر عليه لأجل الدخول كالفاسد لصداقه، وقوله حلّ وطؤه ظاهره مهما كان الرطبة غير حلال فلا رجعة فيه كوطء الحائض، قال ابن يونس: لأن الله تعالى نهى عن وطء الحائض فلا يكون ما نهى الله تعالى عنه حلالاً، هذا تحقيق للمحل ودع عنك غيره وما شككت فيه فانظر دليله في الشرح، وإما أثبتنا بهذا لأن صاحب التحفة ومن شرحها لم يأتوا بما يجدي فسرنا كتب هذه الفائدة، فادع الله تعالى لمن قرب بعد حصول التعب بالمغفرة والمسامحة لنا ولكم إنه ملك جواد رءوف بالعباد.

(ص): وزوجة العبد إذا ما عتقت. إلى آخر البيتين.

التَّهْذِيبُ: وإذا عتقت الأمة تحت عبد؛ حيل بينهما حتى تختار، ولها الخيار بطلقة، وتكون بائنة، ولا رجعة له إن عتق في العدة، إن قالت حين عتقت: اخترت نفسي. ولا نية لها فهي طلقة بائنة، إلا أن تنوي أكثر فيلزم ما نوت، ولو طلقت نفسها أكثر من واحدة أو البتة بعد البناء لزم، ولا تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر، إلا بعد زوج، لأنه جميع طلاق العبد. وكذلك إن بانت بواحدة، وقد تقدم له فيها طلقة، وأول قول مالك: أنه ليس لها أن تختار بنفسها بأكثر من واحدة. (ثم رجع) إلى أن ذلك لها على حديث بريرة، ولها الخيار عند غير السلطان اهـ. فروع: فلو عتق زوجها قبل أن تختار؛ سقط خيارها. وكذلك إن طلقتها طلاقاً بائناً قبل أن تختار سقط خيارها لاستحالة وقوع الطلاق منها وهي بائنة بخلاف الرجعية، فإنها روجة. وفي المسألة فروع أنظر التوضيح قال رحمه الله.

فصل في الفسخ

وفسخ فاسد بلا وفاق بطلقة تعد في الطلاق
ومن يت قبل وقوع الفسخ في ذا فمبا لإرثه من نسخ
وفسخ ما الفاسد فيه مجمع عليه من غير طلاق يقع
وتلزم العدة باتفاق لمبئى بها على الإطلاق

اشتملت الآيات الأربعة على أربع مسائل. الأولى: أن النكاح الفاسد المختلف فيه بين العلماء (في صحته وفساده) إذا أريد فسخه فإنما يفسخ بطلاق، مراعاة لمن يقول بصحته،

قوله: (ثم رجع إلخ) المرجوع إليه هو الملعب، وإنما يجوز لها أن تختار في واحدة أو اثنتين ابتداء ويلزم ما اختارته لأن النص جاء في هذه الأمة ولم يأت في المطلقة نفسها لعبب ونحوه، فإن بريرة ثبت أنها قضت بالبتات ولم ينكر عليها (٨٨)، وكذا لا محتاج إلى الرفع للحاكم للنسب فيها، ومن قال لا يجوز أن تقضي بالبتات أولاً لكن يلزم بعد الوقوع والتزول فلذلك غير الراجح كما بينا ذلك في الشرح فانظره فيه فوائد جمة.

فصل في الفسخ

(ص): وفسخ فاسد بلا وفاق. إلى آخر الآيات الأربعة.

قوله: (في صحه وفساده) حسن ليدخل الشغار المتفق على أنه لا يجوز ولكن يختلف في

(٨٨) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٥٢٨٠، ٥٢٨١، ٥٢٨٢، ٥٢٨٣)، وأبو داود (٢٢٣١)، والنسائي (٥٢٣٢)، وابن ماجه (٢٠٧٥)، وأحمد في المسند (٢١٥/١)، والترمذي في سننه (٢٢٩٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٢/٧).

وعلى ذلك نبّه بالبيت الأول. (الثانية: إذا مات أحد الزوجين في هذا النكاح المختلف في صحته وفساده قبل وقوع الفسخ؛ فإنهما يتوارثان كالصحيح، ما لم يكن الفسخ لحقّ الورثة في الإرث؛ فلا يرث كتنكاح المريض. وعلى ذلك نبّه بالبيت الثاني. والثالثة: إذا كان فساد النكاح متفقاً عليه فإنه يفسخ بغير طلاق، وهو مفهوم الأولى، وعلى ذلك نبّه بالبيت الثالث. الرابعة: إذا فسخ النكاح بعد البناء فتجب فيه العدة باتفاق في المتفق على فساده والمختلف فيه لقوله على الإطلاق، أمّا الأولى والثانية وهما فسخ المختلف فيه بطلاق وثبوت الإرث فيه فمقال ابن الحارث في أصول الفتيا: كل نكاح كان فيه اختلاف ودخلت في تحريمه الشبهة فالولد فيه يلحق وفسخه بطلاق، ومن مات من الزوجين قبل الفسخ ورثه الباقي ١ هـ. وحكى ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق مما يفسخ بغير طلاق قولين أحدهما: قال أكثر الرواة: إن كل نكاح كان للزوج أو للزوجة أو للولي إمضاءه وفسخه ففسخه بطلقة بائة. وما كانوا مغلوين على فسخه ففسخه بغير طلاق. فالأول كتنكاح الأجنبية يرده الولي، فالخيار فيه للولي وإذا كان بالزوجة عيب فالخيار للزوج، أو به عيب فالخيار للزوجة، ثم مثل للثاني وهو ما كانوا مغلوين على فسخه بولاية المرأة والعبد ونكاح الشغار والمريض والمحرم ببيع أو عمرة، كالصديق الفاسد قبل البناء، وكالمجمع على فسخه. القول الثاني: قال: (روي عن مالك ورجع إليه ابن القاسم) أن ما اختلف في إجازته وفسخه ففسخه بطلاق كولاية المرأة والعبد ونكاح الشغار ونكاح المريض والمحرم كالصديق الفاسد قبل البناء، وما اتفق على فسخه ففسخه بغير طلاق كالخامسة وأخت المرأة أو عمتها أو خالتها. قال: وما فسخ بطلاق (يقع به التحريم) أي: تحريم المصاهرة من كونها محرم على أبائه، وأبنائه، وتحريم عليه أمهاتها وبناتها، ويقع فيه الطلاق إذا أوقعه الزوج قبل الفراق، وتقع به الموارثة إذا مات أحدهما قبل الفسخ، إلا أن يكون الفسخ لحقّ الورثة، كتنكاح المريض، فلا يرث فيه لأنّ لأجل الإرث فسخته. وأمّا ما يفسخ بغير طلاق فلا يقع فيه طلاق إذا أوقعه الزوج قبل الفراق، ولا تقع فيه موارثة. ١ هـ بالمعنى، وزيادة بعض الكلمات للبيان، وقد اشتمل كلام ابن الحاجب هذا على المسائل الثلاثة الأولى فالأولى: هي قوله في القول الثاني: إن ما اختلف في إجازة فسخه ففسخه بطلاق، والثانية: هي قوله فيه أيضاً: ما فسخ بطلاق تقع به الموارثة، والثالثة: هي قوله فيه أيضاً: وما لم يختلف في فسخه ففسخه بغير طلاق. وهو تصريح بمفهوم الأولى، وإنّما جلبنا كلام ابن الحاجب بجملة لما اشتمل عليه من الفوائد والمثل. قال في التوضيح: ما حاصله

صحته وفساده. قوله: (روي عن مالك ورجع إليه إلخ) على هذه الطريقة مرّ في المختصر حيث قال: وهو طلاق إن اختلف فيه إلخ، وهو الذي يظهر رجحانه، ولكن ليس هذا المحل محلّا لبسط الكلام في ذلك، فانظر بسطه إن شئت في الشرح، وإن قنعت بهذا فانت ذلك ولكن لا قناعة في العلم. قوله: (يقع به التحريم) من المعلوم أن العقد على البنات يحرم الامهات

وقد تبين لك من كلام المصنف أن كل ما يفسخ بطلاق على القول الأول وهو ما لأحد الثلاثة فسحه وإجارتها فإنه يفسخ بذلك. أي: بطلاق، وعلى القول الثاني إن ما اختلف فيه يفسخ بطلاق؛ لأن ما لأحد الثلاثة فسحه من المختلف فيه، وليس كل ما يفسخ بطلاق على القول الثاني وهو المختلف فيه يفسخ به على الأول، فيكون لأحد الثلاثة فسحه، (فإن نكاح الشغار) ونكاح المحرم مثلاً يفسخ بطلاق، لكونه مختلفاً فيه، وليس للثلاثة فيه خيار، فكل ما لأحد الثلاثة فسحه مختلف فيه، وليس كل مختلف فيه لأحد الثلاثة فسحه، - والله أعلم - وأما المسألة الرابعة وهي النكاح الفاسد إذا فسخ بعد البناء فقال: تجب فيه العدة (لا الاستبراء) متفقاً على فساده، أو مختلفاً فيه. وعلى ذلك أنه بقوله ويلزم العدة باتفاق لمبتنى بها على الإطلاق قال في المقرَّب: قلت: له: أرايت إن كان النكاح فاسداً ودخل بها زوجها، ثم فرَّق بينهما وتصادقا على ترك المسيس، أعليها عدة؟ قال: نعم، كالعدة من النكاح الصحيح، ولا تصدق على العدة، ألا ترى أنها لو جاءت بولد لثبت نسبه، إلا أن ينفيه بلعان، ولا صدق لها؛ لأنها لم تدعه انتهى. فقله لا تصدق على العدة أي: لا تصدق في عدم المسيس فتسقط عنها العدة، بل العدة لازمة لأن الحق لله تعالى، وإنما تواخذه في أنها لا صدق لها لإقرارها أنها لم تحم، فلا تستحق صدقاً، وإطلاق الشيخ رحمه الله القول يلزم العدة للمبتنى بها يظهر أنه موافق في ذلك لما تقدم عن المقرَّب، ويظهر من قوله على الإطلاق أنه سواء كان النكاح فاسداً أو مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه. فأما المختلف فيه فلا إشكال في ذلك، ونص المقرَّب المتقدم يشهد له. وأما المجمع عليه فيظهر من كلام كثير من الفقهاء عدم لزوم العدة فيه، وإنما يجب فيه الاستبراء، ويظهر من المقرَّب أنه تجب فيه العدة، لقوله: وإن علم بذلك أي: بفساد النكاح كآخته من الرضاع، قبل موت زوجها وفرَّق بينهما؛ فعليها العدة، وسبيلها فيها سبيل النكاح الصحيح في السكنى، والنفقة. وجميع ذلك قول مالك اهـ. فصح إطلاق الناظم وجوب العدة في الفاسد بقسميه، وعلى ما يظهر من كلام كثير من الفقهاء يكون إطلاق العدة في فسخ النكاح المتفق على فساده مجازاً، يراد به الاستبراء، وفي الرضاع في شرح قول ابن عرفة: العدة مدة منع النكاح لفسحه، أو موت الزوج أو طلاقه ما نصّه فإن قلت: أطلق الشيخ في قوله لفسحه فظاهره: أن النكاح الفاسد إذا فسخ تجب فيه العدة، ولو كان مجمعاً على

والدخول بالأهات يحرم البنات فانظر قوله: وتحرم عليه أمهاتها وبناتها. قوله: (فإن نكاح الشغار إلخ) أشرنا إلى الجواب عنه قريباً. قوله: (لا الاستبراء) يأتي في فصل العدد أن الحيس من أجل النكاح الفاسد ولو مجمعاً على فساده حيث يدرا الحد فيه للشبهة من كونه لم يعلم، ونقله هذا الشارح بعيد هذا هو علة لا استبراء، فكلام هذا الشارح حسن. وما يذكره هذا الشارح من التردد قريباً فالراجع هو ما ذكرناه، وانظر كلام الناس في ذلك عن المدونة وغيرها صدر العدة في الشرح.

فساده قلت: كذلك وقع في إطلاق ابن الحاجب وقال شارحه: هو مذهب المدونة؛ لأنه قال فيها: وما فسخ من نكاح فاسد أو ذات محرم فالعدة في ذلك كله كالعدة في الصحيح. ونقل الشيخ عن اللخمي أنه إن كان مجتمعا على فساده ثلاث حيض. وقيل: حيضة، وإن كان مختلفا فيه ثلاث، وعندي أن ذلك كله إذا لم يكن عالما بالتحريم المجمع عليه، فإنه ليس بنكاح، والرسم يدل عليه؛ لأنه نكاح ففسخ - والله أعلم - اهـ. كلام الرصاع.

باب النفقة وما يتعلق بها

ابن عرفة: النفقة ما به قوام معتاد حال آدمي دون صرف الرصاع قوله: ما به قوام معتاد حال آدمي أخرج ما به قوام معتاد غير آدمي، وما ليس معتادا في حال الآدمي، لأنه ليس بنفقة شرعا. وأخرج بقوله: دون صرف السرف، فليس بنفقة شرعا إلخ، ولا يحكم الحاكم به، والمراد هنا بالنفقة: النفقة التي يحكم بها. (وفي دخول الكسوة) في النفقة خلاف مشهور، ذكره ابن سهل وغيره، وعليه من التزم نفقة رجل، هل تجب عليه كسوته وهو قول ابن زرب أو لا تجب وهو قول ابن سهل وابن رشد وغيرهم؟ قال ابن رشد: لأن النفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فقد تعرفت عند أكثر الناس بالطعام دون الكسوة. قال الشارح رحمه الله تعالى ما حاصله: إن النفقة موضوعة للطعام والكسوة، ثم تخصصت عندنا عرفا بالطعام فقط اهـ. وقوله: وما يتعلق بها الذي يتعلق بالنفقة ما يجب منها للمطلقات، وما يلحق بها من كسوة وإسكان، وحكم المعسر بها.

ويجب الإنفاق للزوجات في كل حالة من الحالات
والفقر شرط الأبوين والولد عدم مال واتصال للأمد
نفسي الذكور للبلوغ يتصل وفي الإناث بالدخول ينفصل
والحكم في الكسوة حكم النفقة وموؤن العبد تكون مطلقه

ذكر في هذه الايات أسباب وجوب النفقة وشروطها، وأسبابها - كما قال ابن الحاجب ثلاثة: النكاح، والقربة، والملك، فتجب في النكاح بالدخول، أو بالدعاء إلى

باب النفقة وما يتعلق بها

قوله: (وفي دخول الكسوة إلخ) قدعنا أن الراجح لا تدخل الكسوة في النفقة خلاف ما رجحه ابن عرفة عند قول الناظم: وما امرؤ لزوجته يلتزم إلخ فافهم وذلك هو الحق بدليل كلام الناس، انظره إن شئت صدر النفقة في الشرح.

(ص): ويجب الإنفاق للزوجات. إلى آخر الايات الاربعة.

الدخول، وليس أحدهما مريضاً مرض السباق والزّوج بالغ والزّوجة مطيقة للوطء. كذا في ابن الحاجب وجعل في التّوضيح السّلامة من المرض، والبلوغ في الزّوج، وإطاعة الوطء في الزّوجة، شروطاً في الدّعاء للدخول، فإذا دعي إليه وقد اختلّ أحد هذه الشّروط فلا تجب، أمّا إن دخل فتجب النّفقة التّفقة بغير شرط. وجعلها اللّقاني شرطاً في الدّخول وفي الدّعاء إليه، فلا تجب نفقة الزّوجة ولو دخل بها إلّا إذا بلغ الزّوج، وأطاعت الزّوجة الوطء، ولم يعضده بنقل، (والظاهر أنّه شرط في الدّعاء فقط)، كما في التّوضيح ابن الحاجب: وتعتبر بحال الزّوج، والزّوجة، والبلد، والسّعر، وتجب نفقتها كانت غنيّة أو فقيرة حرة أو أمة، كان الزّوج حراً أو عبداً، وعلى ذلك نيه بقوله: في كلّ حالة من الحالات ابن سلّمون: وعلى العبد نفقة زوجته الحرة، وكسوتها طول بقائها في عصمته من كسبه، ولا يمنعه سيّده من ذلك، وإن كانت الزّوجة أمة فنفتها كذلك على زوجها، حراً كان أو عبداً، بواكها معه السيّد بيتاً أم لا. وقال أشهب: لا نفقة لها على الزّوج بحال وهي على السيّد، وقيل بالفرق بين أن يوتئها سيّدها مع زوجها بيتاً فتلزم الزّوج أو لا يوتئها فتسقط عن الزّوج، انظر تمام كلامه. (وأما نفقة القرابة): فعلى الأولاد الصّغار الذين لا مال لهم على الذّكور حتّى يحتلموا، ولا ريانة بهم، وعلى الإناث حتّى ينكحن ويدخل بهنّ أزواجهنّ وعلى الأبوين الفقيرين بشرط الحرّية في المنفق والمنفق عليه، وأما المملوك: فنفتته على مالكة، ولا تجب عليه نفقة أولاده ولا نفقة أبويه، إذ ليس له إتلاف مال سيّده ولا يطلبه أبوه أو ابنه بالنّفقة عليه؛ لأنّ ذلك على سيّده. وعلى استمرار نفقة الأولاد إلى الأمد المذکور نيه بقوله: واتّصال للأمد ثمّ فسّر ذلك الأمد بقوله: ففي الذّكور للبلوغ يتصل وفي الإناث بالدّخول ينفصل ابن الحاجب: وتجب على الأب الحرّ نفقة ولده الفقير على قدر حاله له، ونفقة الذّكر حتّى يحتلم، عاقلاً غير زمن بما يمنع التّكسّب، وقيل: حتّى يحتلم، والبنت حتّى يدخل بها الزّوج، ولو أسلم بعد البلوغ وبقيت كافرة، ولو عادت بالغّة أو عادت الزّمانة للذّكر لم تعد، ثمّ لهما أن يذبحا حيث شاء إلّا أن يخاف سفاً؛ فيمنعهما الأب أو الوصي. التّوضيح: واحترز بوصف الأب بالحرّية من أن يكون الأب عبداً أو فيه شائبة من شوائب الحرّية، فلا نفقة لولده عليه، وكذلك لا نفقة للولد الرّقيق على أبيه، وشرط في نفقة الولد أن يكون فقيراً، وأمّا إن كان له مال قال في المدونة: أو يكون اكتسب ما يستغني به فلا تجب نفقته. وكذلك إن كان للبنت ما تستغني به فلا تجب نفقتها، فإن كانت الصّنعة

قوله: (والظاهر أنّها شرط في الدّعاء فقط) هذا تبع فيه ابن عاشر في حاشيته على المختصر وهو كلام صحيح، وآتيناه بدليله في الشّرح وإن لم يأت به ابن عاشر، وما ذكره هو الذي عليه الناس فإنّ التشاح في الإنفاق غالباً إمّا هو عند إرادة الدّخول، وأما حدوث ما يمنع الوطء بعد الدّخول فإنه لا يعتبر في إسقاط النّفقة ولا يعتدّون إلّا وجوبها والحمد لله. قوله: (وأما نفقة القرابة إلخ) كلامه في النّفقة بالقرابة حسن مطابق لكلام الناس.

لا تكتفي أعطيت غام الكفاية اللّخميّ: وإذا كسدت الصنعة عادت النفقة على الأب، واشترط هنا الفقر ولم يشترطه في الزوجة؛ لأن نفقة الولد مواساة بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة. وقوله: ولو أسلم بعد البلوغ أي: ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر وبقيت هي كافرة فلا تسقط نفقتها، وذكرها كذا يتوهم خروجها لاختلاف الدينين، وكذلك نصّ اللّخميّ على الوجوب في عكس هذه الصورة، أعني: إذا أسلمت بعد بلوغها وبقي هو كافراً، لم تسقط نفقتها عنه لأنه حكم بين مسلم وكافر. وقوله: ولو عادت بالغة إلخ يعني فلو روج ابنته الصغيرة ثم طلقها زوجها أو مات عنها وعادت إلى أبيها بعد البناء بالغة لم تعد نفقتها على الأب. مالك فإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها، ومفهوم كلام المصنف أنها لو عادت غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق، وهو قول سحنون قال: تعود نفقتها ولا يسقطها بلوغها بل حتى تتزوج زوجاً آخر. وقال غيره: لا تعود أصلاً. وقيل: تعود إلى أن تبلغ فتسقط. قال: ولا تسقط النفقة لترشيده لابنته. وقوله: أو عادت الزمانة للذكر يعني إن بلغ الابن رماً وقلنا باستمرار نفقته على المشهور ثم صحّ وحكمنا بسقوط نفقته ثم رمن فإن النفقة لا تعود إلى الأب اهـ. وفي المقرب قلت له: رأيت الصبي الصغير إن كان له مال وأباه معسران أينفق عليهما من مال هذا الابن؟ قال: قال مالك ينفق عليهما من مال الولد، صغيراً كان أو كبيراً، ذكرًا كان أو أنثى، (متزوجة كانت الأم أو غير متزوجة اهـ) وقوله: والحكم في الكسوة حكم النفقة يعني أنّ حكم الكسوة حكم النفقة فحيث تجب النفقة تجب الكسوة وحيث لا فلا أجره على ما تقدّم. وقوله: ومون العبد تكون مطلقاً أي: على سيده، ومؤنته: نفقته وكسوته. وهذه إشارة إلى السبب الثالث من أسباب النفقة وهو الملك. ابن الحاجب: وتجب نفقة ملك اليمين ولا يبيع عليه التوضيح: تصوّره ظاهر فروع: إذا تبين ضرره بعينه في تجويعه وتكليفه من العمل ما لا يطيق وتكرّر ذلك منه بيع عليه اهـ. وفي الرسالة: وعليه أن ينفق على عيده ويكفّهم إن ماتوا.

ومنفقٌ على صغيرٍ مطلقاً له الرجوع بالذي قد أنفقاً
على أبٍ أو مال الابن وأبي إلا بعلم المال أو يسر الأب
ويرجع الوصي مطلقاً بما ينفقه وما اليمين الزما
وغير موصٍ يشبّ الكفالة ومع يمينٍ يستحقّ ماله

قوله: (متزوجة كانت الأم أم غير متزوجة) أي ولا تنحصر النفقة في ثلثها فقط أي لأن هذا أمر واجد عليها فلا ينحصر في ثلثها كما في النص.

(ص): ومنفق على صغير مطلقاً. إلى آخر الآيات الأربعة. **فائدة:** تشمل على أمور

يعني أن من أنفق على صغير سواء كان له أب أو يتيمًا، وهو مراده بالإطلاق، فإن له الرجوع مما أنفق، ويكون رجوعه في مال الصبي إن كان له مال وعلم به المنفق، أو في مال الأب إن كان موسرًا وعلم المنفق بيسره. وهذا معنى البيتين الأولين، فإن كان لكل منهما مال رجع في مال الصبي. قال ابن رشد: إن كان للصبي ذي الأب أو لليتيم مال فللمنفق عليهما الرجوع عليهما في أموالهما، إن كانت له بالنفقة بيته، وإن لم يشهد أنه إنما أنفق ليرجع به بعد يمينه أنه إنما أنفق عليهما ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسبة، ويسر أبي

وأحكام كثيرة في المنفق على غيره أو المنفق من مال غيره على نفسه، وقد نظمت ذلك وشرحته، ونصّ النظم هو هذا:

ومنفق على صغير دون مين	مع علمه له بمال غير عين
في عينه يرجع لا ما جددا	مع نية الرجوع فافهم ما بددا
ويسر والد كما سبقا	كمنفق على كبير مطلقا
إن لم يكن لصلته فيما شهر	لحكمة قد وجدت من مقتدر
وكل من يرجع حلفه يجب	إن لم يكن أشهد فافهم ما انتخب
وروجة بأكل زوج علمت	من مالها مع كونها قد سكنت
كمنفق على كبير سلفا	فهاكها مصحوبة بالاكتماف
والعين هاهنا إذا ما عسرا	تناول لها كعرض قد جرى
وسرف يلغى بلا تقيد	في كل ما مر بلا تفيد
ثم لقيط حكمه في المختصر	في باب المعلوم فافهم ما ظهر
وأكلها من مالها والولد	فانظره في التفليس يا من يقتدي

فقوله في النظم: ومنفق على صغير مطلقا مراده بالإطلاق كان الصغير ذكرا أو أنثى، ربييا أو أجنبيا منه بالكلية، كان المنفق أبًا أو أخًا أو وصيًا وهو كذلك، وكذلك إذا أنفقت الأم حاضته كانت أم لا، وكذلك الكافل الأجنبي، وهذا كله يشمل النظم وهو كذلك عند الناس، والكلام فيمن هو غير ملتزم الإنفاق والأفلا رجوع كما لا يخفى. وقوله دون مين أي لا مع الشك وهو قولهم: يثبت أنه أنفق على الصغير أو يثبت الكفالة، وإثبات الإنفاق يكون بأمور، ومهما حصل إنفاق بلا شك فالرجوع ولذلك عبرنا بقولنا دون مين وقوله مع علمه إلخ. وأما إن أنفق وهو غير عالم بماله ثم ظهر ماله أو لم يكن له مال وتجدد له بعد الإنفاق فإنه لا رجوع لأنه يحمل الإنفاق على الاحتساب. وقوله: غير عين يأتي كلام فيه عند قوله في البيت الثامن والعين هاهنا. وقوله:

الولد كماله، وروى محمد بن يحيى السبئي أن لا رجوع في أموالهما إلا أن يكون أشهد أنه إنما أنفق ليرجع بذلك، وهذا إذا أنفق وهو يعلم مال اليتيم، أو يسر الأب، ولو أنفق عليها ظاناً أنه لا مال لليتيم، ولا للابن، ولا لآبيه، ثم علم ذلك فلا رجوع. وقيل: له الرجوع. والقولان قائمان من المدونة. وسمع سحنون من ابن القاسم: من غاب أو فقد فأنفق رجل على ولده فقدم أو مات في غيبته وعلم أنه كان عديماً؛ لم يتبعه بما أنفق. قال ابن رشد: لأن الولد إذا لم يكن لآبيه ولا له مال فهو كاليتيم، النفقة عليه احتساباً. قال المتطفي: يرجع بستة شروط: أن يكون للصبي مال حين الإنفاق، وأن يكون قد علم به المنفق، وأن يكون ماله غير عين، وأن ينوي المنفق الرجوع بنفقته، وأن يحلف على ذلك، وأن تكون النفقة غير سرف أهـ. من شرح الرسالة للقلشائي بتقديم وتأخير وبعض اختصار. وفي المقرب قلت: فمن كفل يتيماً له مال فأنفق عليه ثم قال: إنما أنفقت عليه

في عينه يرجع لا ما جدد أي لا فيما جدد، والتجدد تارة يكون بعد تمام الإنفاق ولا إشكال في عدم الرجوع فيه، وأما إن تجدد بعد الإنفاق عليه مدة ثم علم به وتماذى على الإنفاق فلأن إنفاقه بعد علمه يكون في المال المتجدد لا إن لم يعلم وهذا ظاهر. وقوله: مع نية الرجوع إلخ أي لا إن أنفق احتساباً فإنه لا يرجع، وقول الناظم مع نية الرجوع ظاهره أنه إذا أنفق ولا نية له في الاحتساب ولا الرجوع أنه لا يرجع، وهذا ظاهر كلام الناس، وما في الشيخ ميارة عن العبدوسي لا يظهر أصلاً مع أن انتقال الشيخ ميارة ظاهرة غاية أو صريحة في خلاف ما قاله العبدوسي. وقوله: ويسر والد إلخ أي هو كمال الصبي إن علم به المنفق رجوع وإلا فلا. وقوله: كمنفق على كبير مطلقاً أي كان له مال أم لا علمه المنفق أم لا، والفرق بينه وبين الصغير أن الكبير واجب عليه التكسب لنفقة نفسه وإلا أثم فقام عنه المنفق بواجب، ولا كذلك الصغير حيث لا مال له وإنما وجوب نفقته على ماله، فإن وجد المال أخذ منه وإلا فلا وهذا معنى قوله: لحكمة إلخ. وقوله: إن لم يكن لصلة أي إذا أنفق على كبير لأجل الصلة له والاحتساب فلا رجوع له عليه والأصل عدم الصلة. وقوله: كمنفق يدخل إنفاق الزوجة على زوجها وهي محمولة على عدم الصلة أيضاً وكلما تحلف، وقد قال في المختصر: ورجعت بما أنفقت عليه أي الزوج غير سرف وإن معسراً كمنفق على أجنبي إلا لصلة. وقوله: إلا لصلة راجع إليهما وكذا استغلال الزوج ماله وهي ساكنة عائلة فهو بمنزلة أخذ ماله، ولا بد من يمينها فيما أخذه زوجها أو استغله أنها ما سكنت مسقطاً لحقها ونحو ذلك، ولكن المرأة إذا أنفقت على زوجها فإنها ترجع عليه وإن كان معسراً كما رأيته في المختصر، بخلاف إنفاقها على ولدها منه فإنها لا ترجع على الوالد إلا إذا كان غنياً لأن غناه بمنزلة ماله الصبي، وكذا إنفاقها على زوجها والزوج معسر فإنها لا ترجع عليه به وإنما لها التطلق أو البقاء بلا إنفاق، وهذا كله مبين عند قول المتن: وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها إلخ. وقوله: وكل من يرجع إلخ يشمل جميع ما تقدم حتى المنفق على الكبير وهو كذلك، وكذا الزوجة فيما أنفقت على الزوج. وقوله: إن لم يكن أشهد مفهومه أنه إذا أشهد أنه لا يحلف وهو

لأرجع به في ماله. فإنَّ ذلك له، وسواءً أشهد على ذلك أو لم يشهد. وهو قول مالك. قلت: فلو أنَّ رجلاً غاب عن أولاد له صغار فأنفق عليهم رجل من غير أن يأمره والدهم بالنفقة عليهم ثمَّ قدم والدهم أيكون لهذا الرجل أن يتبعه بما أنفق؟ قال: نعم، إذا كان الأب موسراً يوم أنفق عليهم إذا قال: أنفقت عليهم على وجه السلف، وحلف على ذلك، وكانت له أيضاً بينة بالإفناق. وفي التوارد وقال ابن القاسم: ومن أنفق على صبي على الحسبة ثمَّ ظهر أنَّ له أباً موسراً لم يتبعه بشيء، إلا أن يعلم أنَّ الأب تعمَّد ذلك بهم.

كذلك، وظاهر النظم أن الوصي ونحوه يحلف وهو كذلك، وابن عاصم مرَّ على عدم حلفه لانه مأمور بالإفناق والمسألة خلافية، ولكن اليمين تناسب الزمان والايام يحتاط لها. وقوله: وزوجة إلخ معناه أن الزوج إذا أكل مال زوجته وهي عالة ساكنة فإنها ترجع بذلك على زوجها كما يرجع المنفق مع الكبير مع اليمين مع كون الرجوع منها في هذا أخرى من الرجوع فيما أنفقته عليه، لأن الإعطاء منها له أقرب إلى الإسقاط من سكوتها عالة عند أخذها مالها، ولذلك صاحب المختصر لم يذكر هذا وذكر الأول. وقوله: واليمين هاهنا إلخ حاصل هذا أن المنفق على الصغير إذا كان له من مال غير عين فإنه يرجع إن أنفق عالة، وأما إن كان له ناض فإن لم يكن يقدر على الإنفاق منه أصلاً أو إلا بمسقة فهو كالعرض، وإن كان يتأتى من الناض الإنفاق فهو الذي لا يرجع معه، وهكذا بين المسألة من حقيق الكلام فيها، لأن الرجوع بالإفناق إنما هو حيث لم تقم قرينة على الاحتساب وإلا فلا رجوع، والاحتساب يبعد من المنفق، مع التائي للمنفق أن ينفق من ناض المنفق عليه، مع أن هذا التفصيل في العين وغيرها إنما يظهر فيمن تحته مال الصغير كالوصي، وأما إذا كان للصغير ناض تحت يد أبيه أو وصيه وأنفق عليه أجنبي يعلم ذلك فإنه يرجع عليه، ولكن ربما يؤخذ هذا من قولنا: هذه عين لا يتأتى الإنفاق منها، وانظر نصوص العلماء في الشرح فإنما فرقوا بين العين وغيرها في الوصي فقط. وقوله: وسرف يلغى إلخ هو ظاهر في نفسه. وقوله: ثم لقيط إلخ أشار إلى قوله في كتاب اللقطة: ووجب لقط طفل نيد كفاية وحضائنه ونفقته إن لم يعط من النية إلا أن يملك كبهة إلى قوله: ورجوعه على أبيه إن طرحه عمداً إلخ. وقول: وأكلها من مالها والولد فانظره في التفسير يا من يقتدي. أشار بهذا إلى قوله في كتاب الفلاس: وحاصت الزوجة بما أنفقته ويصدقها كالموت لا بنفقة الولد، والحاصل نفقتها ترجع بها وتحاص، ونفقة الولد ترجع بها ولا تحاص، لأن نفقتها على نفسها أوجب بذليل أنها تسقط بها الزكاة فافهم. والحاصل هذه أمور قليلة واختصرناها من شرحنا فمن اكتفى بها كفته، ومن أراد التوسع فليظر الشرح عند قول المتن: وعلى المنفق إن كان له مال. وعند قوله: ورجعت بما أنفقته عليه في كتاب النفقة. وعند قوله في كتاب الفلاس: وحاصت الزوجة إلخ، فإنه إذا نظر تمتع بما ينفق عليه إن كان وقوعاً في تحصيل العلوم والله المعين. وذكر ابن رشد كلاماً طويلاً فيمن كان والده ينفق عليه ثم مات الوالد هل يحاسب الولد بالنفقة أم لا؟ ومحصله أن المسألة على أربعة أقسام: إن كان مال الولد عيماً ووجد على حاله فإن كتب الإفناق أي الفرض فلا يحاسب إلا أن يوصي به وإن لم يكتب فلا حساب وإن أوصى به، وإن كان عرضاً ووجد على حاله أيضاً فإن كتب الفرض

فرج: من أنفق على يتيم ووجب له الرجوع عليه هل يكلف يمين القضاء على أنه لم يقبض إنفاقه من مال اليتيم ولا أسقطه لإمكان أن يصل إليه ذلك من حيث لم يعلمه القاضي؛ لأن القضاء على اليتيم كالقضاء على الغائب وانظر في مسائل المحجور من كتاب ابن سهل هذا في غير الوصي. وأمّا الوصي فقد لا يكون عليه يمين القضاء؛ لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم ليرجع به في ماله، وسواء أنفق من مال نفسه أو من مال اليتيم هو قائم بما أنفق، بخلاف غيره من الطرر. فرج: وفي طرر ابن عات قال بعض المفتين في المرأة تزوج ويتطوع زوجها بنفقة ابنها، ثم تريد الرجوع بها على ابنها، في حياته أو بعد وفاته، وكان له مال وقت الإنفاق، فإنها لا رجوع لها عليه؛ لأنه معروف من الزوج وصلة للريب، والأم لم تترك على ذلك من حقها شيئاً هـ. قال مقيده عفا الله عنه وقد قلت في ذلك بيتاً هو:

ومن بإنفاق الربيب طاع لا رجوع للأم على ابن فاقبلا

تنبيه: تقدم أن المنفق على الصغير إذا لم يشهد أنه إنما أنفق ليرجع فإنه يحلف على ذلك، ويرجع، وكذلك يرجع إذا أنفق ولم ينو رجوعاً ولا عدمه، فإنه يحلف أنه لم ينو رجوعاً ولا عدم الرجوع، ويرجع. نقله صاحب المعيار في أثناء جواب العبدوسي بعد كراسين من نوازل الأحباس، قوله:

ويرجع الوصي مطلقاً بما ينفقه وما اليمين الزما

وغير موصي يثبت الكفالة ومع يمين يستحق ماله

يعني أن الوصي إذا أنفق على محجوره فإنه يرجع عليه بما أنفق. سواء أشهد أنه أنفق ليرجع أو لا، كانوا في حضنته أو لا، وهو مراده بالإطلاق، فإن لم يشهد فلا يمين عليه في ذلك؛ لأنه مأمور بالإنفاق عليه، فيصدق في قصد الرجوع، وعلى سقوط اليمين نبه

حوسب الولد، وإن أوصى بعدم للحاسبة وإن لم يكتب ما ذكر فالحساب إلا أن يوصي بعده، وأما إن استهلك الأب المال فالحساب كتب أو لا، إلا أن يكتب للابن ذكر حق أشهد له فيه فلا حساب، وظاهره في هذا القسم كان المال عرضاً أو عيناً وهو ظاهر، وإن لم يصل المال ليده عرضاً كان أو عيناً فهو بمنزلة العرض إذا كان بيده وقد تقدم حكمه، وقد لفت ذلك بما نصه:

إن كان مال ولد قد وجد بحاله بلا ذهاب قد بدا

فإن يكن عيناً ولا كتباً لعلم فلا حساب مطلقاً فيما فهم

فإن يكن كتباً ووالد عهد بتركه وإن يكن عرضاً وجد

فإن يكن كتب حساب وجبا بلا تقييد على ما صوبا

بقوله: وما اليمين إلزاماً فما نافية، أي: لم يلزمه الشرع يميناً على ذلك، قوله: وغير موصي البيت، هو تفصيل لما أجمل في قوله صدر المسألة: ومنفق على صغير مطلقاً وحاصله أن المنفق على الصغير إن كان وصياً عليه فله الرجوع مطلقاً، كانوا في حضانتهم أو لا، إن لم يكن وصياً فإنما يرجع إذا أثبت أنهم في كفالته وحلف أنه أنفق ليرجع، وأن النفقة من عنده. وفي كتاب الاستغناء قال المشاور في رجل تزوج امرأة لها أولاد وكان الأولاد مع أمهم على مائدة الزوج وفي بيته وداره زماناً ولهم أصول ودور فلما بلغوا قام يطلبهم بالنفقة فأنكروه وقالوا: لم ناكل إلا مالنا، وأقام الزوج البيعة أنهم كانوا على مائدته، ولا يعلمون الإنفاق بمن كان منهم: أن القول قول الزوج الحاضر المنفق بيمينه، ويرجع بذلك في غلة أصولهم، وفي الأصول إن لم تف الغلات بذلك، فإن شرط له بعد ذلك عليهم شيء لم يكن له إتباعهم به اهـ. نقله ابن سلمون.

فصل في التداعي في النفقة

ومن ينب عن زوجة ولم يدع	نفقة لها وبعد أن رجع
ناكرها في قولها في للحين	فالقول قوله مع اليمين
ما لم تكن لأمرها قد رفعت	قبل إيباه ليقوى ما ادعت

وحيث لا كتب ولا عهد ذكر	فتركه الحساب أمر قد شهر
ووالد فوت مال الولد	وبعد ذا أنفق فافهم وامتد
حسابه في كل حال حال	إلا إذا أشهد بالمقال
وغير واصل لمن قد أنفقا	فحكمه كالعرض فيما سبق

فصل في التداعي في النفقة

(ص): ومن يغب عن زوجة ولم يدع. إلى آخر الآيات الثلاثة عشر. كلام شراح النظم رأيته ولكن لا استيفاء فيه، وصاحب المختصر قال: وإن تنازعا في عمره في غيبته اعتبر حال قدمه، وفي إرسالها فالقول إن رفعت من يومئذ لحاكم لا لعدول وجيران، وإلا فقول كالحاضر وحلف لقد قبضتها لا بعثتها. فقوله: وإن تنازعا إلخ حاصل هذه المسألة أنه إذا علم حال خروجه معسراً أو موسراً عمل على ذلك، فالمعسر يقبل قوله بلا بينة في العدم والموسر لا يقبل قوله إلا ببينة ولا بد من اليمين، وإن جهل حال خروج اعتبر حال قدمه هذا هو الراجح، ومن ارتاب

فيرجع القول لها مع الحلف والردّ لليمين فيهما عرف
 وحكم ما على بنيه أنفقت كحكم ما لنفسها قد وثقت
 فإن يكن قبل المغيب طلقاً فالقول قولها بذلك مطلقاً
 إن أعملت في ذلك اليميناً وأثبتت حضانة البينا

يعني أنّ الرجل إذا غاب عن زوجته مدة ولم يترك لها نفقة فلما قدم وطالبته بما أنفقت على نفسها، ادعى أنّه ترك لها نفقتها، فإنّ القول في ذلك قول الزوج، أنّه ترك النفقة ويحلف على ذلك ما لم تكن رفعت أمرها للحاكم في مغيبه، فتسوى دعواها، ويرجع القول قولها مع يمينها أيضاً. وعلى ذلك تبّه بقوله: ومن يغب عن روجة إلى قوله: فيرجع القول لها مع الحلف قوله: والردّ لليمين فيهما عرف يعني: أنّ من كان القول قوله من الزوجين مع يمينه فله أن يردّ اليمين على الآخر، فإن كان القول للزوج فردّ اليمين على المرأة حلفت ولزمته النفقة. وإن كان القول للزوجة فردّت اليمين على الزوج حلف وبرئ. هذا فيما أنفقت على نفسها، أمّا ما أنفقت على بنيتها منه فيجري على ما تقدّم من الفرق بين أن ترفع ذلك للقاضي قبل قدومه فالقول قولها أو لا؟ فالقول قوله مع يمين من كان القول قوله منهما وعلى هذا تبّه بقوله: وحكم ما على بنيه أنفقت البيت هذا كله إن غاب وهي في عصمته، أمّا إن طلقها باتناً ثمّ غاب فإنّ القول قولها في النفقة رفعت للقاضي أو لم ترفع وهو معنى الإطلاق في قوله: بذلك مطلقاً. والباء ظرفيّة، والإشارة للإنفاق، وإنّما يكون

فليُنظر كلام الناس، وقد بيّنا في الشرح على ما ينبغي، وبيننا وجه إدخال ذلك في كلام المتن أيضاً فانظره. وحاصل مسألة الاختلاف في الإرسال فقول المختصر فيها وفي إرسالها أي وكذا إن ادعى أنّه ترك لها نفقة بجامع أنّه دفع ما وجب بحسب دعواه. وقوله: من يمثله هو متعلق بلفظة قولها وأما قبل ذلك فقوله وهو قوله والألغ ولا بدّ من يمين من كان القول قوله منهما. وقوله لحاكم يتعلّق برفعت. وقوله لا لعدول إلخ ابن عرفة قال في هذا استمر العمل على أن الرفع للعدول كالرفع للحاكم والرفع للجيران لغو. وقوله: كالحاضر شبهه في كون القول له أي مع يمينه، وإنّما سكّ الشيخ خليل لأن الدعوى محققة غير مستعجلة، وكلما كانت الدعوى كذلك أوجبت اليمين كما في ابن شاس وغيره، مع أن المصنف قال وحلف لقد قبضتها لا بعثتها، وإنّما حلف هكذا لأنّه قد يحصل الحزم أو الظن بقبضها، كما إذا أرسل النفقة مع ثقة غاية يعرف صدقة وأخبره بأنّه أوصلها للزوجة، وقد قال في المختصر واعتمد البات على ظن قوي القول المذكور في التحفة إذا لم يعلم حالة الخروج أنّه يحمل على اليسار قوي لأن الأصل هو الملك، ولذلك يكلف الغريم بأعمال رسم العدم على اللدّيه، ولكن هذا عورض بكونه قدّم معلماً أي في حالة قدومه معديماً. وقول الناظم: وقيل باعتبار وقت السفر هذا القول في نفسه أقوى من قول ابن القاسم: إذا قدم معديماً يحمل أمره على العدم، لأن من خرج غنياً فقد غاب والنفقة وجوبها محقق عليه

القول قولها إذا حلفت واثبتت أنّ الأولاد كانوا في حضانتها. قال في المرقب: قلت: فإن قامت امرأة على زوجها فادّعت أنّه لم ينفق عليها سنين، فقد قال مالك القول قول الزوج، ويحلف إن ادّعى الإنفاق وكان موسراً مقيماً معها بالبلد، وإن كان غائباً فلما قدم قامت عليه فقال: قد كنت أبعت إليها بالنفقة. فالقول قوله، إلا أن تكون المرأة قد رفعت ذلك إلى السلطان واسترعت عليه في مغيبه، فإنّ ذلك يلزمه من يوم رفعت ولا يبرئه إلا أن يأتي بمخرج من ذلك، وفيه أيضاً قال محمدٌ وإذا أنفقت امرأة على أولاد لها صغار في مغيب زوجها ثمّ قدم فطالبته بذلك فحالفها فيما تدّعي من الإنفاق عليهم من مالها كحال ما تدّعي أنّها أنفقت على نفسها. كذلك روى عيسى عن ابن القاسم وفي الوثائق المجموعة، فإن كانت المرأة مطلقة كان القول قولها في نفقتها (ونفقة بنيتها) إن كانت حاضرة لهم اهـ. ابن الحاجب فإن تنازعا في إعطائها وإرسالها فثالثتها المشهور إن كانت رفعت أمرها إلى الحاكم، فالقول قولها من يومئذ، وأمّا الحاضر فالقول قوله للعرف، ولها طلبه عند سفره بنفقة المستقبل يدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً يجريها عليها اهـ.

فلن يكن مدّعيّاً حال العدم	طول مغيبه وحاله اتبهم
فحالة القدوم لاهن القاسم	مستند لها قضاء الحاكم
وموسر مع اليمين صدّقاً	وموسر دعواه لن تصدّقاً
وقيل باعتبار وقت السفر	والحكم باستصحاب حاله حري
وقيل بالحمل على اليسار	والقول بالتصديق أيضاً جار

يعني إذا قدم الزوج من مغيبه فطلبت به بالنفقة مدّة الغيبة فزعم أنّه كان معسراً، لا تستحقّ عليه في مدّة الغيبة شيئاً، وأنكرت ذلك المرأة فلا يخلو إمّا أن يجهل حاله يوم

والأصل بقاء ما وجب على وجوبه، وكذلك إذا خرج معدماً فإنه بريء من النفقة فلا تلزمه إلا بيقين، وأيضاً ما قاله ابن القاسم هو استصحاب معكوس وهذا غير معكوس وهو آيين منه، ويدل على ما أشرنا إليه الخلاف القوي في الاستدلال بحالة القدوم، بل حكى ابن رشد الاتفاق على أي على اعتبار حال الخروج ومن وقف على الشرح على هذا، وأن حالة الخروج اعتبارها أقوى من اعتبار حال القدوم بمراحل، مع أن اعتبار حال القدوم وهو قول ابن القاسم وبه العمل ولكن عند جهل حالة الخروج فافهم. وقال بعض من تكلم على المدونة: إذا سافر مليّاً وقدم مليّاً فقولها اتفاقاً وهو صحيح فيما يظهر ونقلناه في الشرح.

وقول هذا الشارح: (ونفقة بنيتها) وكذلك إذا كانت مطلقة وهي حامل فالقول قولها في نفقة حملها، ونقلنا ذلك في الشرح وقف على الشرح ولا بدّ ولا بدّ فهذه نفقة منه وإن كانت يقنع بها من بخل وعجز.

خروجه أو يعلم، فإن جهل حاله يوم خروجه فلم يثبت كونه إذ ذاك ملياً ولا معدماً فثلاثة أقوال:

أولها: لابن القاسم أنه يستدل بحالة قدمه على حالة غيبته، فيصدق مع يمينه إن قدم معدماً، ولا يصدق إن قدم موسراً. قال في التوضيح: لأن الأصل عدم تغيير الحال. قال في البيان: وهو معنى ما في المدونة، وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله بعد تصوير المسألة فعالة القدم لابن القاسم البيتين.

القول الثاني: أنه محمولٌ على اليسار فلا يصدق فيما ادعى أنه كان في مغيبه معدماً وإن قدم معدماً، قال الشارح: وهو قول ابن الماجشون في الواضحة وتأوله بعض أهل النظر على معنى ما في المدونة. وفي التوضيح، والقول بأن القول قولها لابن الماجشون وابن حبيب قالوا: عليه النفقة إلا أن يقيم البيّنة على ذلك. ووجهه أن الغالب الملاء، ولأن كل غريم ادعى العدم فعليه البيّنة، على المذهب قال في البيان: وتأوله بعض أهل النظر على المدونة. وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله: وقيل بالحمل على اليسار

القول الثالث: أنه يصدق في دعواه الإعسار حالة الغيبة، سواء قدم موسراً أو معسراً، قال الشارح: وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة هنا، وقال في التوضيح: والقول بأن القول قولها لابن كنانة وسحنون ووجهه أن الأصل العدم، وإلى هذا أشار الناظم بقوله: والقول بالتصديق أيضاً جارٍ وإلى هذه الأقوال الثلاثة مع بعض المخالفة في الترتيب أشار ابن الحاجب بقوله: ولو تنازعا في الإعسار في الغيبة فثالثها قال ابن القاسم إن قدم معسراً فالقول قوله، وإلا فقولها. فالأولك عنده هو الثالث في النظم، والثاني عنده هو الثاني أيضاً في النظم، والثالث عنده هو الأول في النظم هذا كله إن جهل حاله يوم خروجه كما تقدم. وأما إن علمت حاله يوم خروجه من ملاء أو عدم فهو محمولٌ على ما علم به من ذلك فتستصحب تلك الحال. وإن قدم على خلاف ذلك قال الشارح: هذا قول ابن الماجشون في الواضحة. وحكى أبو عمر الإشبيلي: أنها رواية لابن القاسم وهو صحيح لأنه إذا خرج موسراً ثبت أن الإنفاق واجبٌ عليه فلا يسقط عنه إلا يبقين، وإذا خرج معدماً فقد ثبت أن الإنفاق قد سقط عنه فلا يعود إلا يبقين هـ. وإلى حكم ما إذا علم حاله يوم خروجه أشار الناظم بقوله: وقيل باعتبار وقت السفر البيت إلا أن حكاية هذا القول الذي فيمن علم حاله يوم خروجه أثناء الأقوال الثلاثة التي فيمن جهل حاله يوم خروجه مما لا يحسن، لأن إحدى الحالتين قسيمٌ للأخرى - والله أعلم - وقد تبه على ذلك الشارح - رحمه الله - قال: وقد كان إصلاحه سهلاً بأن ينقل الأقوال الثلاثة متواليهً يعني: يقدم قوله وقيل بالحمل على اليسار على البيت قبله ويقول: عوض قوله قبله وقيل باعتبار وقت السفر ما نصه: وحاله إن علمت وقت السفر - فالحكم باستصحابها دون النظر

قال بل لو اقتصر على القول الأول ثم على مقتضى هذا البيت المصلح لكان كافياً هـ.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات

من النفقة وما يلحق بها

إسكان مدخولٍ بها إلى انقضاء عدتها من الطلاق مقتضى
وذاة حملٍ ردت الإنفاقا لوضعها والكسوة اتفاقا
وما لها إن مات حمل من بقا واستثنى سكنى إن يميت من طلقا
وفي الوفاة تحب السكنى فقد في داره أو ما كراهه نقد
وخمسة الأعوام أقصى الحمل وستة الأشهر في الأقل

(ذكر في هذه الآيات) ما يجب للمطلقة من نفقة، وكسوة ولها وللمتوفى عنها من السكنى ومدة الحمل، يعني أنّ من طلق زوجته طلاقاً بائناً فإنّ لها عليه الإسكان إلى انقضاء عدتها، فبقى في مسكنها الذي كانت تسكن فيه قبل طلاقها حتى تنقضي عدتها، فإن كانت حاملاً فلها مع السكنى النفقة، والكسوة إلى أن تضع حملها. فإن مات الحمل، أو وضعته ميتاً، أو حياً، ثمّ مات سقط جميع ذلك فتسقط النفقة والكسوة بموت الحمل لأنهما له في الحقيقة وتسقط السكنى لخروجها من العدة بوضع حملها، وعلى ذلك نية بقوله: إسكان مدخولٍ بها إلى انقضاء إلى قوله وما لها إن مات حمل من بقا «فما» نافيةً وضمير «لها» للمذكورات من السكنى والنفقة والكسوة. قوله: واستثنى سكنى إن يميت من طلقاً يعني: أنّ من طلق زوجته وأسكنها ثمّ مات في عدتها فإنّ سكنها لا تسقط بموته بل تستمرّ إلى انقضاء عدتها من الطلاق، ولا تتشغل لعدة الوفاة؛ لأنّ الفرض أنّ الطلاق بائنٌ. ولما ذكر أنّ موت الحمل يسقط السكنى أمرٌ باستثناء، أي بإخراج السكنى إن مات المطلق وأنّ موته لا يسقطها وإلى هذا الفرع أشار الشيخ خليل بقوله: واستمرّ إن مات على ما قرّره عليه الشيخ ابن غاري رحمه الله تعالى من أنّ المراد واستمرّ المسكن للمطلقة إلى انقضاء عدتها إن مات المطلق في العدة قال في النواذر من كتاب ابن الموكّ: قال مالك: وللمبتوتة السكنى على زوجها في العدة ويحبس في ذلك ويباع عليه ما له، أو يستيقن أن لا شيء له؛ فيكون ذلك عليها. ولا تخرج وفيها أيضاً من الكتاب المذكور قال مالك في المبتوتة: لا

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من النفقة وما يلحق بها

(ص): إسكان مدخولٍ بها إلى انقضاء. إلى آخر الآيات التسعة. قوله: (ذكر في هذه الآيات إلخ) كلامه حسن في هذه المسائل.

نفقة لها إلا أن تكون حاملاً وفيها أيضاً قال محمدٌ وإن طلبت الكسوة فذلك لها وينظر إلى قدر ما بقي من مدة الحمل فتعطي بقدر ذلك من الكسوة ثمنًا، قاله مالكٌ، وقال مالكٌ والكسوة، والدَّرْع، والخمار، والإزار وليس الجبة عندنا من الكسوة قال ابن القاسم: ونحن نقضي هاهنا بالجبة، وهذه المسألة كلها من العتبية من سماع ابن القاسم، وفي التَّوَادِر وإذا طلق ثلاثاً في مرضه وهي بينة الحمل فالنفقة في رأس ماله وكذلك في الخلع والمباراة وكذلك إن كان ذلك في صحّة ثم مرض فإذا مات انقطعت النّفقة عنها قال فضل بن سلمة: هذا خلاف ما قال في طلاق السنة أن السكنى قد وجبت عند الطلاق فلا يقطع المهر ما قد وجب اهـ. وعلى عدم انقطاع السكنى بموت المطلق اعتمد التأظم في قوله: واستثنى سكنى إن يميت من طلقاً وقوله: وفي الوفاة تجب السكنى فقد البيت (يعني: أن المرأة إذا مات عنها زوجها ولم تكن حاملاً) فإنها تجب لها السكنى إن كانت الدّار مملوكةً للميت،

وقوله في المتوفى عنها: (يعني أن المرأة إذا مات عنها زوجها ولم تكن حاملاً إلخ) هذه المسائل قال فيها في المختصر ما نصه: وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى، وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كراهه لا بلا نقد وهل مطلقاً أو إلا الوجبة؟ تأويلان، ولا إن لم يدخل إلا أن يسكنها لا ليكنفها. فقوله: وللمعتدة المطلقة ظاهره طلقها ثلاثاً أو أقل بائنة كانت أو رجعية بخلع أو لا حاملاً أو حائلاً وهو كذلك، مع أن المطلوب هو غير الرجعية إذ هي كالزوجة كما في قول المختصر، والرجعية كالزوجة والبائن في سكنائها خلاف فهي المقصودة. قوله: وللمعتدة احترز من المطلقة قبل البناء فإنها لا عدة عليها والسكنى تابعة للعدة وبذلك تدخل المفسوخ نكاحها ولو المجمع عليه، لأن الناشيء عن ذلك عدة على الملعب كدخوله بها في نكاح مجمع على فسادها فهي داخلة في قوله وللمعتدة، ويدخل أيضاً السكنى لإسلام أحد الزوجين الكافرين بعد البناء، وكذا في اللعان والمغلوط بها والمزني بها حيث لم تعلم، والمنصوبة إذا وطئها الغاصب، وكذا عتق أم الولد. وقوله والمحبوسة بسببه إلخ يدخل فيه بعض ما تقدمت عليه شبهة فهو عدة كزوجها بآخته غير عالم وما أشبه ذلك، ويدخل في قوله المحبوسة إلخ ما فسخ قبل البناء فلا عدة فيه ولا استبراء كما لا يخفى. وقوله: في حياته السكنى وحاصله المطلقة تجب لها السكنى مطلقاً حيث تكون مدخولاً بها مات زوجها بعد ذلك أم لا، ولا يكون الطلاق إلا في حياته والرجعية كزوجة كما تقدم، فإذا مات زوجها فهي كمن لم تطلق، وأما الفسخ لنكاح المرأة فإن مات ثم فسخ بعد موته فتستمر السكنى، وإن لم يطلع على ذلك إلا بعد موت الرجل الذي الحبس من أجله، فكلام الخطاب فيه السكنى، وكلام الشارح يدل على خلافه، وعلى كلام الشارح قرر غير واحد، ولكن انظر عند قول المتن: واستمر إن مات ولا بد ولا بد وبه تعلم ما يتعلق به قوله في حياته السكنى. وقوله وللمتوفى عنها إلخ أي ولو أحاط الدين بماله كما يدل عليه ظاهره وهو كذلك. وقوله: والمسكن أي ومات وهي فيه وإلا فلا سكنى وملكه أو نقد كراهه وهو قوله: والمسكن له أو نقد كراهه وإن لم يكن أحد الأمرين فلا سكنى لها ولا يلزم ذلك الورثة ولو ترك الميت الزوج مالا. وقوله: والمسكن كان الألف واللام خلف عن الضمير أي ومسكنها له

أو قد نقد كراءها، ولا تجب لها نفقة ولا كسوة وعلى ذلك ثبته بقوله: فقد أي فحسب. قال في التوارد من كتاب ابن المواق: قال مالك: ومن مات وله زوجة وهو في دار هي له، أو نقد كراءها فلها السكنى، وإن أحاط به الدين وفي ابن الحاجب وإن كان مكترى غير منقود ففي المدونة لم تكن أحق، فتخرج إلا أن يكرها الورثة كراء مثلها. التوضيح: ظاهر قوله في المدونة ولم ينقد الزوج الكراء لا سكنى لها أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة، أو وجيبة، أي في مدة معينة. وعلى هذا الظاهر حملة الباجي وغيره. وفي النكت عن بعض القرويين أنه حمل المدونة على المشاهرة، وأما الوجيبة فإنها أحق بالسكنى، سواء نقد أو لا. اهـ. وقوله:

(وخمسة الأعمام) أقصى الحمل وسنة الأشهر في الأقل

لما ذكر أن المطلقة إذا كانت حاملاً تجب لها النفقة والكسوة والسكنى، تشوّت النفس واحتاجت إلى معرفة مدة الحمل، ولما كانت تختلف بالطول والقصر احتيج إلى معرفة أقلها

والإضافة تقع بآدنى سبب، وانظر قول ابن عرفة وفي وجوبها بالوفاة ثالثاً إن كان مسكنها له ولو بعارية أو حبس إلخ، وكذا عبر غير واحد بتعبيره، وكان الحبس والعارية أخرى من الكراء في الجملة فلذلك تركهما المصنف. وقوله: لا بلا نقد إلخ حاصله إن كان الكراء مشاهرة ولا نقد فلا سكنى في المكترى للمرأة وفي الوجيبة خلاف قوي عبد الحق ومن وافقه يقول: هي أحق بخلاف غيره، ومن تأمل ما نقلناه علم أن الراجح هو كلام عبد الحق، وبه تعرف ما في الحطاب ومن تبعه كالفيشي، ولعلمهم لم ينفوا على نقول نقلناها في الشرح، وكلام التحفة ظاهر فيما رمناه لأنه اقتصر على نقد الكراء والاعتراض متف على المصنف لأن المسألة وقع فيها تردد وكلام، والحاصل هذه جملة وافية أفندناك بها من الشرح وإن ارتابت نفسك فانظره والله الموفق، وانظر أيضاً للحاشية فهي في هذا حسنة إن تأملت ما فيها، وما ذكرناه في المغصوبة والمزني بها بلا علم ذكره أبو الحسن وغيره، ولكن انظر عند قول المصنف في العدة: ووجب إن وطئت بزنا إلى آخره.

قوله: (وخمسة الأعمام إلخ) المختصر قال فيه صاحبه وإن أتت بعدها بولد لدون أقصى أمد الحمل لحق إلا أن ينفيه بلعان وتربعت إن ارتابت به، وهل خمساً أو أربعاً خلاف؟ إلخ. وصاحب التحفة اقتصر على الخمس لأنه هو الذي به العمل كما نقلناه في الشرح، وكان من حق من شرح النظم أن يبين مع أن القول بالأربع قوي مرجح ولذلك قال في المختصر: وفيها لو تزوجت قبل الخمس ولم يقل قبل الأربع، وقول المختصر بعدها أي العدة كانت من طلاق أو وفاة كانت المرأة حرة أو أمة أقرت بانقضاء عدتها أو لا، وقوله: لدون إلخ ظاهره ولو قبل تمامه يوم وهو كذلك على ظاهر كلام الناس، وبدليل أن ما زاده عليه لا يلحق فيه الولد ولو قلت الزيادة - كما في كلام ابن فتحون، وقوله: إلا أن ينفيه بلعان أي الزوج الحي كما لا يخفى بآدنى التفات، وهذا إن لم تتزوج، وإلا ففي ذلك تفصيل قدمناه صدر النكاح بل هو في مواضع من الشرح.

وأكثرها، فأخير أن أقلها ستة أشهر وأكثرها خمسة أعوام، أما كون أقلها ستة أشهر فقوله تعالى: ﴿وَحِمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال في الآية الأخرى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وقال أيضاً: ﴿وَفَصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فالآية الأولى أعلمت أن مدة الحمل والرضاع معاً ثلاثون شهراً فإذا انقضت الثلاثون كمل الحمل، وحصل الفصال وهو الفطام، والثانية، والثالثة أعلمتا أن مدة الرضاع وحده حولان كاملاً، وإذا كانت مدة الرضاع وحده حولين كاملين، فمدة الحمل ستة أشهر إذ هي الباقية بعد حط زمن الرضاع من الثلاثين شهراً المقدرة لمجموعهما قال في المقصد المحمود: وأقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَحِمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال: ﴿وَفَصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فبقي مدة الحمل ستة أشهر أ. هـ. وأما كون أكثر الحمل خمسة أعوام فاعلم أن المعتدة من وفاة، أو طلاق إذا حصلت لها رية وشك في كونها حاملاً أو لا فإن كان سبب الرية تأخر الحيض عن وقته تربصت تسعة أشهر استبراء، ثم ثلاثة أشهر عدة هذا إن تأخر لغير سبب. أما إن تأخر لسبب كالرضاع والمرض فإنها تنتظر الأقراء على المشهور وقيل تحل بمضي السنة، وإن كان سبب الرية حسن البطن فقال ابن الحاجب: والمراتبه بحسن البطن لا تنكح إلا بعد أقصى أمد الوضع وهو خمسة أعوام على المشهور وروي أربعة وروي سبعة وقال أشهب: لا تحل أبداً حتى يبين أي براءتها من الحمل. قال الخطاب في شرح قوله وتربصت أي إن ارتابت به وهل خمسا أو أربعاً خلاف، يعني فإذا مضت الخمسة أو الأربعة على القولين حلت ولو بقيت الرية قال في المدونة: ولا تنكح مسترابة البطن إلا بعد روال الرية، أو بعد خمس سنين أ. هـ. قال أبو الحسن: وإن قالت أنا باقية على ريتي؛ لأن الخمس سنين أمد ما ينتهي إليه الحمل أ. هـ. قال ابن عبد السلام وسواء كان ذلك في عدة الطلاق أو في عدة الوفاة أ. هـ. وهذا إذا كانت الرية هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ريح وأما إن تحقق وجود ولد فلا تحل أبداً، قاله اللخمي ونقله ابن عرفة، ولفظه الخامسة يعني من المعتدات: المرتابة في الحمل بحسن بطن عدتها بوضعه، أو مضي أقصى أمد الحمل مع عدم تحققه، ثم قال اللخمي: إن تحقق حملها والشك لطول المدة لم تحل أبداً أ. هـ. فمفهوم قول ابن عرفة مع عدم تحققه إلخ مع ما نقله عن اللخمي يدل على ما قيد به كلام المصنف والله أعلم. فرع: فإن مات الولد في بطنها فلا تحل إلا بخروجه. أ. هـ. كلام الخطاب.

وحال ذات طلبة رجعية في عدة كحالة الزوجية

نعم واجب عليه كالإنفاق إلا في الاستمناع بالإطلاق

وقوله: وتربصت إن ارتابت به أي والمسألة بحالها أن العدة تمت، والمراد بالارتباب هنا هو بحسن البطن وغيره كما تقدم إلخ.

يعني: أنَّ المطلقة طلاقاً رجعيّاً حالها مع زوجها في زمن العدة كحال الزوجة غير المطلقة من وجوب النفقة لها وثبوت الميراث بينهما وارتداد الطلاق عليها وانعقاد الظهار ولزوم الإيلاء وغير ذلك من أحكام الزوجية ما عدا الاستمتاع فلا يجوز له بوطه ولا مقدماته، بل حتى بالنظر على وجه التلذذ، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق قال المتيطي: "تجب النفقة لكل مطلقة مدخول بها أيام عدتها إذا لم يكن طلاقها بائناً وكان الزوج يملك ارتباطها فيه سواء أوقعه الزوج أو الزوجة أو أوقعه السلطان بالإيلاء أو عدم النفقة إذا أيسر في العدة، وفي الجواهر هي محرمة الوطء على المشهور (وقال أبو حنيفة: مباحة الوطء) لقوله تعالى: ﴿وَيَعُولُ شَهْن أَحَقُّ بِرَدِّهَا﴾ [البقرة: ٢٢٨] والبعل من له الوطء؛ ولأنه من أحكام العقد؛ فيثبت قياساً على النفقة والميراث وجوابه أنَّ لفظ الرد يقتضي الخروج عن الزوجية. ١ هـ وفهم من قوله في عدها أنَّها بعد انقضاء العدة ليست كالزوجة لأنها بانت بانقضاء عدتها والله أعلم.

وحيث لا عدة للمطلقة فليس من سكنى ولا من نفقة

وليس للرّضيع سكنى بالقضاء على أبيه والرّضاع ما انقضى

أفاد باليت الأوّل أنَّ المطلقة التي لا عدة عليها وهي التي طلقت قبل البناء لا تجب لها سكنى ولا نفقة؛ لأنّها إمّا ييجان للمطلقة في زمن العدة. والغرض أنّه لا عدة عليها وقد بانت منه وجاز لها أن تتزوج غيره في الحين فلا معنى لوجوب شيء لها من توابع النكاح على الزوج وقد انفصلت العصمة بينهما وأفاد باليت الثاني أنَّ من طلق امرأته وله معها ولد رضيع فإنما لها على الزوج نفقة ولده لا كراء مسكنه ما دام في زمن الرّضاع قال في المدونة: إذا لزمت الجارية العدة لمكان الخلوة بها لزم الزوج السكنى ولو خلا بها في بيت أهلها، ثم طلقها واتّفقاً على عدم المسيس، فعليها العدة ولا سكنى لها ولو قالت جامعني وهو ينكر، فالقول قوله ولا سكنى عليه، فإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها ويدخل بها وطلقها البتة فلا سكنى لها؛ لأنّها لا عدة عليها باختصار والحاصل أنّه كلّما انتفت العدة انتفى لزامها من السكنى والنفقة، وإذا وجبت العدة فقد ثبتت النفقة والسكنى. كما إذا كانت المطلقة حاملاً وقد يتبينان كما إذا خلا بها في بيت أهلها وأدعت المسيس وأنكره، فالقول قوله وعليها العدة لمكان الخلوة، ولا نفقة لها؛ لأنّها بانن غير حامل ولا سكنى على الزوج؛ لأنّها على رعيه مطلقاً قبل البناء والله أعلم. (وفي طر ابن عات) ولا سكنى

قوله: (وقال أبو حنيفة: مباحة الوطء) في نهاية الحفيد محتجاً لابي حنيفة بالمولى منها والمظاهر منها، ولكن الفرق أن الطلاق الرجعي أذهب ثلث العصمة، والكلام في ذلك طويل فانظره في الشرح إن شئت.

قوله: (قال ابن عات) حسن فقهاً وتعليلاً.

للرضيع على أبيه مدة الرضاع حتى يخرج من الرضاع وحيث يكون عليه السكنى، كذلك رأيت في بعض الكتب يريد أن مسكن الرضيع مدة الرضاع إنما هو في حجر الأم في الغالب. اهـ. وجملة والرضاع ما انقضى حاله، وما نافية.

ومرضع ليس بذئى مال على والده ما يستحق جعلاً
ومع طلاق أجرة الإرضاع إلى تمام مدة الرضاع
وبعدها يبقى الذي يختص به حتى يرى سقوطه بموجبه
وإن تكن مع ذاك ذات حمل ردت لها نفقة بالعدل
بعد ثبوته وحيث بالقضا تؤخذ وانفشت فمنها تقتضى
وإن يكن دفع بلا سلطان ففي رجوعه به قولان
ومن له مال ففيه الفرض حق وعن أب يسقط كل ما استحق

تكلم في الآيات على بعض مسائل الإرضاع ولم يتقنها (ولا استوفى الأكيد منها) فلا بد من ذكر جملة صالحة من ذلك، (وأحسن ما وقفت عليه) الآن بتقريب قول ابن سلمون

(ص): ومرضع ليس بذئى مال على. والده ما يستحق جعلاً. إلى آخر الآيات السبعة. قوله: (ولا استوفى الأكيد منها إلخ) هذا كلام صحيح، فإن صاحب هذا النظم يذكر من المسألة المتشعبة ذات الفروع شيئاً وترك أشياء فيتشوش البال، وربما يتر من لم يطالع الفقه أن ما ذكره تمام الشروط وذلك ليس كذلك، ويترك المسألة بلا ذكر لها أصلاً أحسن من ذكر بعضها فقط. وذلك البعض في نفسه غير تام وذلك فيه كثير، ولذلك نفعل في هذه الحاشية ما رأيت من جلب الفقه بقيوده ثلاثاً يتر بما يذكره هذا الناظم من غير تام. قوله: (وأحسن ما وقفت عليه) ربما يكون قول المختصر أتم من كلام ابن سلمون حيث قال: وعلى الأم المتزوجة والرجعية رضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن إلا أن لا يقبل الولد غيرها أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبي واستأجرت إن لم يكن لها لبان ولها إن قبل أجرة المثل، ولو وجد من ترضعه عندها مجاناً على الأرجح في التأويل اهـ. فقوله: وعلى الأم المتزوجة والرجعية ذكره في الرجعية هو المذهب وغير مخالف له. وقوله: بلا أجر ظاهره ولو قبل غيرها والأب وموسر والولد له مال وهو كذلك. وقوله: إلا لعلو قدر أي فلا يلزمها سواء كانت زوجة أو رجعية، فلو رضيت بالإرضاع فلها أجرة مثلها حيث يوجد المال للأب أو الولد كما ترى دليلاً. وقوله: لعلو قدر عبارة كثيرة إلا الشريفة ومثل عالية القدر من لا لبن لها المرض حدث أو قل لبنها أصالة فلا تستأجر لإرضاعه وهي غير بائن، وأما البائن فلا إشكال في عدم لزومها ذلك لأنها كالشريفة، وقولنا فيمن ذكر لا تستأجر هو مطلق كان مال الأب أو الولد أو لم يكن، لأن قول المتن رضاع ولده أي مباشرة لا الامتساج

ويلزم الأم رضاع ابنها إلا أن تكون مريضة، أو غير ذات لبن، أو شريفة القدر مثلها لا يرضع فيكون على الأب أن يأتي له بمن يرضعه، فإن طلقها الأب، فإنه يؤدي إليها أجرة الإرضاع على قدر حاله في اليسر والعسر، فإن لم ترض بما فرض لها كان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فإن لم يقبل غيرها أو كان الأب معسراً لا يقدر على أجرة كان عليها إرضاعه باطلاً أو بما يقدر عليه. وإن كان موسراً أو وجد من يرضعه بأقل من الأجرة المفروضة عليه، فهل له أخذه أم لا؟ في ذلك قولان: وإن مات الأب، فإنها ترضعه بأجرة تأخذها من مال الطفل، فإن لم يكن له مال لزمها إرضاعه باطلاً، وإن أبت الأم إرضاعه

لأن ذلك من باب الإنفاق ولا نفقة على الأم، والاستحجار الذي يجب على من ذكر حيث فقد المال من جهة الأب والولد إنما هو خوف هلاك الصبي لا أنه من باب النفقة وقدمت الأم في هذا لقربها ولكونها لها الحاضنة، وهذا يجب حتى على الشريفة، إذ الأمهات لا فرق بينهن من هذه الجهة. وقوله: إلا أن لا يقبل الولد غيرها هو راجع للشريفة والبائن أي فيلزمهما الرضاع مباشرة. وقوله: أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبي أي فيجب عليهما الرضاع ولا أجر لهما إذ لا مال. وقوله: أو يموت الأب أي عدياً وقولنا فعليهما إرضاع أي مباشرة أو بأجر من عندهما إن قبل غيرهما كما لا يخفى، وليس هذا في الزوجة والرجعية لأنه تقدم أن الرضاع واجب عليهما مع وجود المال فكيف بعلمه؟ ولهما أيضاً حيث يجب عليهما الرضاع مباشرة أو الاستحجار عليه حيث يقبل الولد غيرهما والاستحجار من عندهما في هذا ولو كان المال موجوداً لأن الرضاع واجب عليهما مطلقاً حيث يكون لهما لبن وقد فرقا أنفسهما من مباشرة الرضاع الواجب عليهما بالاصالة. وقوله: واستأجرت إن لم يكن لها لبن أي والحالة أنه لا مال وهذا تدخل فيه الشريفة والبائن والزوجة والرجعية إذ هذا الاستحجار لعدم المال، فلا فرق فيه بين أم وأب. فقوله: واستأجرت أي الأم وتقدم بعض هذا وتحصل أن الزوجة والرجعية اللتين لهما اللبن الرضاع واجب عليهما في كل حال من الأحوال بأنفسهما مباشرة أو بأجر حيث لا يقبل غيرهما، وإن كان لا لبن لهما فلا استحجار عليهما مع المال وعليهما في عدمه، وأن الشريفة والبائن إنما عليهما الرضاع مباشرة حيث لا يقبل غيرهما أو في حال عدم المال، وما تقدم ذكره من المال تقدم في الصبيام من يقدم ماله هل الأب أو الابن وهو قوله: كحامل ومرضع لم يمكنهما استحجار أو غيره خافتا على ولديهما والأجرة في مال الولد، ثم هل مال الأب أو مالها تأويلان، وإنما قدم مال الولد لأن هذا من باب النفقة وهي في مال الولد حيث يكون ملياً كما لا يخفى وهو في شرح المتن وغيرها، واستعن بكلام المتن وشرحه في كتاب الإجارة وهو قوله: واسترضاع إلى قوله: ومنع زوج الخ. وقوله: ولها أجرة مثلها يفهم منه أن المال موجود وإلا فهو ما تقدم. وقوله: أجر مثلها فيمن لا يلزمها الرضاع وهي الشريفة والبائن. وقوله: ولو وجد الخ النسخة المحسنة هي عندها بضمير المؤنث كما عند ابن غاري ومن اتبعه، ويتأمل هذا تعلم كمن بين مسألة المتن مشروحاً وبين كلام ابن سلمون، ولكن لا بد من الوقوف على الشرح فإن كلاماً طويلاً مشتملاً على تحقيق إن شاء الله تعالى.

باطلاً، فأرادت دفعه إليه فإنه لا يؤمر بأخذه حتى يجد من يرضعه. ١ هـ. قوله ومرضع ليس البيت مرضع بفتح الضاد اسم مفعول، يعني أن الولد المرضع الذي لا مال له، فإن ما يحتاج إليه من أجره الرضاع وغيرها على أبيه، وهذا إذا كانت أمه مريضة، أو لا لبن لها أو عالية القدر مثلها لا يرضع، وأما إن لم تكن كذلك، فإن الإرضاع يجب عليها كما تقدم أول كلام ابن سلمون. ومفهوم قوله ليس بلني مال أنه لو كان للولد مال، فإن ذلك من ماله، كما صرح به في قوله ومن له مال ففيه الفرض حق هذا كله إذا كانت المرأة في عصمة أبي الصبي وأما إن طلقها، فإن لها أجره الرضاع من مال الولد إن كان له مال أو من مال أبيه إن لم يكن له إلى تمام الحولين مدة الرضاع، فإن انقضت مدة الرضاع فيبقى ما يجب للولد نفسه من نفقة وكسوة حتى يسقط ذلك عن أبيه إن كان هو الدافع لذلك لكون الولد لا مال له، وقد تقدم هذا في قول ابن سلمون فإن طلقها الأب، فإنه يؤدي لها أجره الإرضاع على قدر حاله في اليسر والعسر. ١ هـ. وبالضرورة أنه إذا انقضى زمن الإرضاع والولد عند أمه، فإن الأب يطالب بنفقته إلى سقوطها وهو مراده بما يختص به أي دون الأم وعلى هذا نبه بقوله ومع طلاق أجره الإرضاع البيتين وضمير بعدها للمدة الرضاع قوله:

وإن تكن مع ذاك ذات حمل ريدت له نفقة بالعدل

بعد ثبوته، يعني وإن كانت المرأة ذات حمل مع ذلك، وهو كونها مرضعاً فكانت ترضع ولداً وبطنها ولد آخر، (فإنها تستحق شيئين): أجره الإرضاع؛ لأنها باتت لا يجب عليها الإرضاع، والثاني نفقة الحمل الذي في بطنها لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن﴾ [الطلاق: ٦]. وإلى ذلك أشار بقوله وإن تكن مع ذاك ذات حمل ريدت لها نفقة أي نفقة الحمل على أجره الرضاع بعد ثبوت الحمل. قال في العتبية من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، وسئل عن طلق امرأته حاملاً وهي ترضع: أترى عليه النفقتين جميعاً كليهما نفقة الحمل ونفقة الرضاع؟ قال: أرى ذلك عليه جميعاً. ١ هـ. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن﴾ وقال

قوله: ﴿فإنها تستحق شيئين إلخ﴾ هذا هو قول المختصر، وإن كانت مرضعة أي الحامل البائن فلها نفقة الرضاع أيضاً، فقوله أيضاً يدل على أنها حامل إذ لا نفقة للبائن إلا مع الحمل، والنفقة إنما هي للحمل والرجعية والزوجة لا نفقة لحملها ولا أجره لرضاعها على التفصيل الآتي في الرضاع. وقوله: أيضاً منه يفهم أنها إذا كانت حاملاً فقط أن لها أجره الرضاع بلا خلاف، بخلاف إذا كانت غير حامل ففي ذلك خلاف. وقوله: تجب نفقة الحمل إلخ هذا قول المختصر ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله، والذي يظهر أن ظهور الحمل كاف في وجوب النفقة بلا شرط التحرك على ما يظهر من كلام غير واحد، ولكن في ذلك كلام استوفيناه في الشرح.

تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْضَعْنَ لَهُنَّ وَأَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وليس وجوب نفقة الحمل بالذي يسقط ما أوجب الله لها من أجره الرضاع. وفي التوارد من كتاب ابن الموار: وإذا طلق امرأته وهي حاملٌ مرضعٌ فعليه نفقة الحمل ونفقة الرضاع جميعاً ١ هـ. فإن ادعت البائن الحمل فلا يقضى لها بالنفقة حتى يثبت الحمل فإذا ثبت ودفع نفقته ثم انفس الحمل وكشف الغيب أن لا حمل ففي رجوعه بنفقته تفصيل، وهو إن دفعها بحكم حاكم رجع بها على الزوجة وإن دفعها باختياره من غير حكم ففي رجوعه وعدم رجوعه قولان وإلى ذلك أشار بقوله: وحيث بالقضا تؤخذ وانفس فمنها تقتضى وإن يكن دفع بلا سلطان ففي رجوعه به قولان ابن الحاجب: ونجب النفقة بشيوت الحمل بالنساء التوضيح: هذا هو المشهور، ولما كان في المبسوط أنها لا تدفع لها النفقة إلا بعد الوضع لاحتمال أن ينفس من غير حمل ابن الحاجب: وفي رجوعه ثالثاً إن كان بحكم رجع، ورابعاً عكسه التوضيح: وإذا فرعنا على المشهور وأنفق بظهور الحمل، ثم تبين أن لا حمل فهل يرجع بالنفقة أم لا؟ (أربعة أقوال) الرجوع مطلقاً، وعدم الرجوع مطلقاً، والثالث إن دفع لها بحكم رجع عليها؛ لأنه قد استبان أن الأمر على خلاف ما ثبت وإن دفع بغير حكم لم يرجع عليها؛ لأنه متطوع والرابع عكسه ١ هـ. باختصار وهذه المسألة من قاعدة الحكم بما ظاهره صواب وباطنه خطأ وباطل هل يغلب حكم الظاهر فتتخذ الأحكام أو الباطن فتدفع؟ وينبغي على ذلك فروع ومن جعلتها هذه من دفع نفقة الحمل، ثم انفس هل يرجع أم لا؟ قوله: ومن له مالٌ ففيه الفرض حق البيت يعني أن الأولاد إنما تجب نفقتهم وكسوتهم وأجره رضاعهم وغير ذلك على أبيهم إن كانوا فقراء ولا مال لهم، وأما إن كان لهم مال، فإن جميع مؤنتهم من مال أنفسهم وليس على الأب من ذلك شيء قال في المفيد: ولا يلزم الأب نفقة بنيه إن كان لهم مال وقال المتسطي: ومن كان من صغار بنيه وأبكار بناته له مال فلا يلزم الأب نفقته وينفق عليه الأب منه عيئاً كان أو عروضاً، وقد سئل الأستاذ أبو سعيد بن الحسين رحمه الله عن رجل أنفق نفقة كبيرة في عرس ابنه، ثم طلبه بها فأجاب: لا طلب للأب على ابنه بما كثر من النفقة في عرسه ودخل في باب السرف، وإنما يطلبه بالقدر المعتاد في ذلك بما هو داخل في باب الاقتصاد على مقتضى العادة الجارية مثل الزوج مع تلك الزوجة بعد أن يحلف يميناً بالله تعالى أنه إنما أنفق تلك النفقة من ماله ليرجع بها على ابنه وهذا إن كان لابن مال وقت الإنفاق، وإلا فلا رجوع له بشيء. ١ هـ. وما أتى به ظاهر إن كان الابن صغيراً وانظر ما الحكم إن كان كبيراً هل هو كالصغير أو يرجع عليه كان له مال وقت

قوله: (أربعة أقوال) هذا قول المختصر مشبهاً في الرد ما نصّ كنفشاش الحمل وظاهره الرجوع مطلقاً، وهو الذي اختاره غير واحد ابن الموار وغيره ولذلك اقتصر عليه.

(ص): وكل ما يرجع لافتراض. إلى آخر البيتين.

الإتفاق أو لا؟ وهو ظاهر اشتراطهم في الصَّغير أن يكون له مالٌ دون الكبير فيرجع عليه مطلقاً والله أعلم. ثم قال:

وكل ما يرجع لافتراض موكل إلى اجتهد القاضي
بحسب الأقوات والأعيان والسَّعر والزَّمان والمكان

يعني: أن كل ما يرجع للفرض والتقدير من نفقة وكسوة وإسكان وما يلتحق بذلك فإنه موكل إلى اجتهد القاضي فيجتهده فيه بحسب جنس القوت وقدره وبحسب عين ما فرض له أو عليه وباعتبار السَّعر من رخاء وغلاء وباعتبار الزَّمان من شتاء وصيف وباعتبار المكان في عادة أهله، وكذلك الكسوة يلاحظ فيها هذه الاعتبارات والمسكن كذلك ففي مختصر الشيخ خليل أنه يجب للزوجة قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة (بقدر وسعه وحاله) والبلد والسَّعر وإن أكلت وتزاد المرضع ما تقوى به، إلا المريضة وقليلة الأكل فلا يلزم إلا ما تأكل على الأصوب. ولا يلزم الحرير وحمل على الإطلاق وعلى المتدنية لقناعتها فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة، وحصير وسرير احتيج إليه وأجرة قابلة، وريئة تستضر بتركها ككحل ودهن معتادين وحناء ومشط وإخدام أهله وإن يكراه ولو بأكثر من واحدة وقضى لها بخادمتها إن أحبَّت إلا لريةً وإلا فعليها الخدمة الباطنة من عجن وكس وفرش بخلاف التسج والغسل، وفي ابن الحاجب نحوه قال وقدر مالك المد في اليوم وقدر ابن القاسم وبيتين ونصفاً في الشهر إلى ثلاثة؛ لأن مالكا بالمدينة وابن القاسم بمصر قال وإن أكل الشعير أكلته التوضيح: والمراد بالمد هنا المد الهاشمي وهو منسوب إلى هشام بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك

قوله: ربةٌ وسعه وحالها) الحق هو ظاهر هذا الكلام، فالرجل يعتبر فيه اليسر لا القدر والمرأة بالعكس، قف عليه في الشرح، وفي كلام الشارح في كبره نظر حيث قال ما نصه: نفقة الزوجة وكسوتها وسكنائها مقيد بالعادة، فمتى طلبت الزوجة أمراً واثلًا على عادة أمثالها أو طلب هو انقص مما جرت به عادة أمثالها فلا يسمع منهما ذلك ويردان للعادة، ولا بد أن يكون ذلك مع اعتبار حال الزوج وحال الزوجة، خلافاً لمن قال: المعتبر في النفقة حال الزو وفي السكنى حال الزوجة اهـ. فقولُه: مع اعتبار حقّه أن يقول واعتبار حال الزوج باليسر والعسر وحال الزوجة بقدرها هل لها قدر أو لا؟ وهل قدره كثير أو لا؟ إلخ. وما ذكرناه هو الحق وهو ظاهر المختصر وإن كان كلام غير واحد كعبارة الشارح، وانظر أيضاً في الشرح هل الغني يكون به القدر أم لا؟ وكلام كثير في هذا هنا لا يستعنا اختصاره وملاؤه على اعتبار ما ذكرناه، وحاصل هذا الباب عوائد كل بلد وكل زمن وكل حال من رخص وغلاء وحال البادية والحاضرة والشتاء والصيف ووقت الهناء والنشر والوسع والضيق وحال أصناف القوت وما جرى به العرف في كل بلد وزمن ووسع وضيق إلى غير ذلك.

ابن حبيب وغيره: (وفي الويبة) اثنتان وعشرون مداً (٨٩) بمدّ النبي ﷺ. ا هـ. وفي المدّ الهشاميّ مدّ وثلاثان بمدّ النبي ﷺ ، ثمّ قال ابن الحاجب وأمر الإدام كذلك ولا يفرض مثل العسل والسمن والحالوم والفاكهة ويفرض الحلّ. ا هـ. وعدم فرض السمن مقيدٌ ببلد ليس أكله عرفاً عندهم ثمّ قال وأمر الكسوة كذلك التوضيح: أي فيعتبر في جنسها وقدر حالها كما في الثفّة ويعتبر أيضاً الزمان والمكان ممّا يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخمار ومقنعة وإزار وشبهه ممّا لا غناء عنه، ومن غطاء ووطاء ووسادة وسرير احتيج إليه لعقارب أو براغيث أو فيران. ا هـ. الجوهرية المقنعة بالكسر ما تقنع به المرأة رأسها والقناع أوسع من المقنعة ا هـ. ثمّ قال ابن الحاجب: والأصل أنّ ما هو محتاج إليه يفرض، وما هو زيادة في معنى السرف لا يفرض وما هو من التوسّع بالنسبة إليها ولكنّه عاداتها قولان. ا هـ. وقوله بالنسبة إليها، أي وأما بالنسبة لغيرها فمتأكّد ومع ذلك هو عاداتها هذا محلّ القولين ثمّ قال ابن الحاجب قال عبد الملك: ولا يلزمه ما هو من شورتها التي هي من صداقها من ملابس وغطاء ووطاء وله عليها الاستمتاع معها به. ا هـ. قال مقيدٌ عفا الله عنه: قول عبد الملك هذا هو الأصل فيما به الحكم عندنا أنّ الزوج لا يفرض عليه للزوجة عند المشاحة اللباس والفراش إذا كان الصداق معتبراً حتّى تطول المدّة ويغلب على الظنّ تلاشي شورتها بخلاف ما إذا كان الصداق قليلاً جداً فيفرض ذلك عليه من حينه أو قليلاً لا جدّاً فيبعد السنّة ونحوها وفي ابن عرفة وواجبها ما يضرّ بها ففقدته ولا يضرّه وفيما فوقه معتاداً لمثلها غير سرف لا يضرّه خلافٌ، وفي تعيينه بمقتضي محلّ قابله وعاداته بمقالات، فنصف ماكولها جلّ قوت مثلهما ببلدهما، يفرض لها من الطعام ما يرى أنّه الشيع ممّا يقتات أهل بلدهما من البلاد ما لا ينقّ أهله شعيراً بحال غنيهم ولا فقيرهم ومنها من ذلك عندهم يستخفّ ويستجار، انظر كلامه إن شئت فقد أطال في ذلك على عادته رحمه الله ونفع به.

قوله: (وفي الويبة إلخ) في التنبّهات لعباس الويبة خمسة أصع والأردب يفتح الهمزة أربع ويات إلخ فانظره مع ما في هذا الشرح، فإن خمسة أصع عشرون مداً فقط، والأردب على هذا ثمانون مداً، وقد لقننا أبياتاً في أمور تجري على ألسنة الفقهاء نصها:

فدرهم الكيل لدى المحقق	ورنه ستّة من الدوانق
ضربه إمامنا عبد الملك	سنة عنه وغيسره عنه ترك
وذاك نصف بغلي وطبري	لفارس والروم فافهم يا جري
ودائق فيه ثمان من شعير	مع خمسي حبة منه يا خبير
وويبة عشرون مداً ذكروا	أردبهم بنقط باء فسروا

وفي طرر ابن عات عن أحمد بن نصر: وإذا فرض القاضي للمرأة نفقتها (زاد في الرخاء على ريعين) ويتنقص في الغلاء المفرط عن ريعين وفي مفيد ابن هشام والتفقه في الجودة والدناءة والقلة والكثرة على قدر شأن الزوجين ويسارهما، وفي المدة هل تكون شهراً أو سنة على قدر يسر الزوج خاصة وأجار ابن القاسم أن يفرض لسنة، وقال سحنون: لا يفرض لسنة؛ لأن الأسواق تحول وأرى أن يوسع في المدة إذا كان الزوج موسراً ولم يؤد إلى ضرر فإن كان الزوج موسراً فالأشهر الثلاثة والأربعة وإن كان متوسطاً فالشهر والشهران وإن كان ذا صناعة فالشهر فإن لم يقدر فعلى ما يرى أنه يستطيع أن يخرمه. ١ هـ. وفي مختصر الشيخ خليل وقدرت بحاله من يوم أو جمعة أو شهر أو سنة، وفيه أيضاً ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه وفي ابن سلمون الحاكم مخير بين أن يؤاخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه وقال بعض المتأخرين: له أن يعطيها عن جميع لوازمها ثمناً إلا الطعام ففيه قولان، والقادر بالكسب كالقادر بالمال ولا يجبر على العمل. ١ هـ. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضله: وقد وجدت بخط بعض الفقهاء المتأخرين أن الذي فرض بفاس في وقته الطبيب أبا الفضل قاسم بن محمد شهر بالوزير وقد أدركته مات في سنة تسع عشرة وألف أنه سئل عن مقدار التفقة في كل شهر على المتعارف في ذلك (فأجاب بما نصه): اعلم حفظك الله أن فرض المراء البالغ ذكرًا كان أو أنثى ريعان من الدقيق وربع ونصف من الفصح ووطل ونصف من السمن ومثله من الخليج والزبيب والصابون، في الضروريات ثلاثة أرباع الأوقية هذا في كل شهر لمن يكون مقلًا بحسب ثمن جميع ما ذكر ويزاد عليه ثلاثة أرباع الأوقية ويعطى المجتمع في كل شهر والعديم يتساوى مع المقل في الدقيق ويخالفه فيما عداه يتنقص له من الفصح نصف ربع ومن السمن نصف رطل وكذلك فيما بعده، والضروريات نصف أوقية بحسب ذلك مع ما هو معين في الضروريات ويعطى في كل شهر وأما أهل البادية فينقص لهم الورد والصابون والزيت، وما عداه يلزمهم ونفقة الأولاد إذا كان الولد من سبعة أعوام يعطى له نصف نفقة أمه، وإذا كان من خمسة إلى ستة الثلث، وإذا كان من عشرة إلى اثني عشر الثلثان والرضيع أوقية في الشهر، والحاضنة ثمن الأوقية في الشهر، وإذا كانت السنون متعددة ولم يعلم العام التالي من الرأخي يتوخى الصلاح والسداد ويجهتد، والله الموفق. والمفروض أربعة غني ومتوسط ومقل وعديم ففرض عامة الناس عندنا ريعاً أو وضيعاً فرض الاستغلال ولو كان تاجراً، إلا إذا ثبت عدمه فيفرض له فرض العديم، وأما الغني والمتوسط فليس بمحدود ولذلك لم يبين لك فرضهما وأما خدمة النساء في البادية فلا يفرض لهن شيء إلا إذا كانت أجيرة لاجنبي فيفرض لها اجرة أمثالها وفي الحاضرة ريع الأوقية للرأس بزيادة ثمن الأوقية على أهل الحاضرة والسلام.

قوله: (زاد في الرخاء على ريعين الخ) الملعب في الكسوة والتفقه لا تحديد ذلك بالاعتبارات المتقدمة، ولذلك لم نكثر الكلام هنا لأن الدرار على العرف والأعراف تختلف غاية. قوله: (فأجاب الخ) هذا كله تقريب والملعب هو اتباع الأعراف.

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الزَّوْجُ إِنْ عَجَزَ عَنْ إِنْشَاقِ لِأَجْلِ شَهْرَيْنِ ذُو اسْتِحْقَاقِ
بَعْدَهُمَا الطَّلَاقُ لَا مِنْ فَعْلِهِ وَعَاجِزٌ عَنْ كَسْوَةٍ كَمَثَلِهِ
وَلَا جِتْهَادِ الْحَاكِمِينَ يَجْعَلُ فِي الْعَجْزِ عَنْ هَذَا وَهَذَا لِأَجْلِ
وَذَلِكَ مِنْ بَعْدِ ثَبُوتِ مَا يَجِبُ كَمَثَلِ عَصْمَةٍ وَحَالٍ مِنْ طَلَبِ

يعني أنَّ الزَّوْجَ إِذَا عَجَزَ عَنِ النَّفَقَةِ، يَعْنِي أَوْ الْكَسْوَةِ بِقَوْلِهِ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي يُضْرَبُ لَهُ أَجَلَ شَهْرَيْنِ، أَوْ مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ كَمَا يَقُولُهُ فِي الْبَيْتِ الثَّالِثِ فَإِذَا انْقَضَى الْأَجَلُ الْمَضْرُوبِ وَلَمْ يَجِدْ مَا عَجَزَ عَنْهُ فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ وَلِلذَلِكَ قَالَ: إِنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ مِنْ فَعْلِ الزَّوْجِ

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الزَّوْجُ إِنْ عَجَزَ عَنْ إِنْشَاقِ إِلَى آخِرِ الْآيَاتِ الْأَرْبَعَةِ. قَالَ فِي الْمَخْتَصَرِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ مَا نَصَّهُ: وَلَهَا الْفَسْخُ إِنْ عَجَزَ عَنْ نَفَقَةٍ حَاضِرَةٍ لَا مَاضِيَةٍ وَإِنْ عَبْدَيْنِ لَا إِنْ عَلِمْتَ فَقَرَهُ أَوْ أَنَّهُ مِنْ السُّوَالِ، إِلَّا أَنْ يَتْرَكَ أَوْ يَشْتَهَرَ بِالْعَطَاءِ وَيَنْقُطِعَ فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ إِنْ لَمْ يَثْبُتْ عُسْرُهُ بِالنَّفَقَةِ أَوْ الْكَسْوَةِ أَوْ الطَّلَاقِ وَلَا تُلَوِّمُ بِالْإِجْتِهَادِ، وَزَيْدٌ إِنْ مَرَضَ أَوْ سَجَنَ ثُمَّ طَلَّقَ عَلَيْهِ وَإِنْ غَائِبًا أَوْ وَجَدَ مَا يُمْسِكُ الْحَيَاةَ لَا إِنْ قَدَرَ عَلَى الْقَوْتِ وَمَا يُوَارِي الْعَوْرَةَ وَإِنْ غَنِيَةً أَمْ. فَقَوْلُهُ: وَلَهَا الْفَسْخُ هَذِهِ عِبَارَةُ الْفَزَالِيِّ وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ شَاسٍ وَابْنُ الْحَاجِبِ وَالْمَصْنُفُ فِي التَّوْضِيحِ، وَلَعَلَّ الْفَزَالِيَّ حَسِبَ بِالْفَسْخِ لِأَجْلِ. وَقَوْلُهُ: وَلَهَا الْفَسْخُ هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ، وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْحَسَنُ وَعَطَاءٌ إِلَى عَدَمِ الْفَسْخِ بِالْعُسْرِ عَنِ النَّفَقَةِ مُحْتَجِينَ بِإِنْظَارِ الْمَعْسَرِ وَقِيَاسًا عَلَى الزَّمَنِ الْمَاضِيِ وَيَأْنِ أَمُّ الْوَلَدِ لَا تَخْرُجُ عَنِ الْمَلِكِ بِنَظَرٍ، انْظُرْ رَدِّ هَذَا عَنْهُمْ فِي الشَّرْحِ. وَقَوْلُهُ: وَلَهَا الْفَسْخُ أَيُّ وَلَهَا الْبَقَاءُ لِأَنَّ هَذَا مِنْ حَقُوقِهَا وَظَاهِرُهُ أَنَّ الْخِيَارَ لَهَا تَسْتَقِلُّ بِهِ وَلَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ سَفِيهَةً وَانْظُرِ الْأَمَةَ. وَقَوْلُهُ: حَاضِرَةٌ لَا مُسْتَقْبَلَةَ وَمَا قَالَهُ الْأَجْهَوْرِيُّ لَا يَتَّبِعُ فِيهِ وَكَلَّا مِنْ تَبِعَهُ فِي هَذَا انْظُرِ الشَّرْحَ. وَقَوْلُهُ مَاضِيَةٌ لِأَنَّهُ صَارَتْ دَيْنًا وَعَرُضُ النَّفَقَةِ الَّذِي هُوَ الِاسْتِمْتَاعُ اسْتَوْفَاهُ كَمَا إِذَا دَخَلَ ثُمَّ عَجَزَ عَنِ الصَّدَاقِ بِخِلَافٍ مَا حَضَرَ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ فَإِنَّمَا لَهَا قَبْضُ عَرُضِهَا حَتَّى تَسْتَوْفِيَ ثَمَنَهَا وَقَوْلُهُ: لَا إِنْ عَلِمْتَ فَقَرَهُ أَيُّ عِنْدَ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ عَيْبٌ وَالْمَصْنُفُ جَعَلَ عَلِمَهَا فَقَرَهُ لَا تَطْلُقُ بِهِ، وَتَأَمَّلْ كَلَامَ ابْنِ عَرَفَةَ عَنِ ابْنِ رَشْدٍ فِي الشَّرْحِ فَإِنَّهُ رِيًّا يَقْتَضِي أَنَّ الْعِلْمَ بِالْفَقْرِ مُسْقَطٌ لِلْنَّفَقَةِ لَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ بَعْدَهَا كَمَا يَقْتَضِيهِ كَلَامُ الْمَصْنُفِ. وَقَوْلُهُ: إِنْ عَبْدَيْنِ إِنَّمَا غِيَا بِهِمَا لِأَنَّ الْخِلَافَ قَوِيٌّ هَلِ النَّفَقَةُ عَلَى الْعَبْدِ فِي هَذَا؟ وَهَذَا كَلَامٌ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ الْأَمَةِ عَلَى رُوحِهَا الْعَبْدِ وَهُوَ الرَّاجِحُ. وَقَوْلُهُ: أَوْ أَنَّهُ مِنَ السُّوَالِ إِلَخَ إِنَّمَا كَانَ هَذَا لِأَنَّهُ دَخَلَتْ عَلَى سُؤَالِهِ، فَإِذَا تَرَكَ فَلَمْ يَبْقَ مَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ وَقَدْ اسْتَظْهَرَ هَذَا الَّذِي فِي الْمَقْنِ. وَقَوْلُهُ: إِنْ يَشْتَهَرُ إِلَخَ ظَاهِرٌ وَمَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ لَا يَنْهَضُ وَيُنَاقِضُ ذَلِكَ فِي الشَّرْحِ. وَقَوْلُهُ: فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ أَيُّ بَعْدَ اثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ بَعْدَ تَصَادُقِ الطَّارِقَيْنِ.

يعني بل من فعل الحاكم. وهذا إذا امتنع الزوج من التطلق فإن الحاكم حينئذ يطلق عليه وقيل يامرأها به فتوقعه، وأما ابتداء فالزوج هو المأمور بالتطلق قوله ولا اجتهد الحكيم، البيت يعني أن تعيين مدة الأجل المضروب في العجز عن الإنفاق أو الكسوة موكول إلى اجتهد الحكيم ونظرهما فيقدر أنه بحسب ما يظهر لهما في كل نازلة نازلة فقول هذا الأول إشارة إلى الإنفاق، والثاني إشارة إلى الكسوة، وذكره باعتبار اللباس وأفاد بهذا البيت أن التحديد بالشهرين المذكورين في البيت الأول ليس لازماً لا يعدل عنه بل هو من جملة الأجل التي هي موكولة إلى اجتهد القضاة فيقدرونها بما ظهر كما قال الناطم أول الكتاب:

ولا اجتهد الحاكم الأجل موكولة حيث لها استعمال

وقوله: وذلك من بعد ثبوت ما يجب البيت يعني أن ما ذكر من التطلق على المعسر بالنفقة إنما هو بعد ثبوت موجه من العصمة وإعسار الزوج وعليه نيه بقوله: وحال من طلب فإذا ثبت ذلك طلق عليه لكن بعد تلوم بقدر اجتهد القاضي، وأما إن لم يثبت عسره فهو مأمور بأحد أمرين: إما النفقة والكسوة؛ وإما الطلاق وتلوم بالاجتهاد، فهو كقول الشيخ خليل فيأمره القاضي وإن لم يثبت عسره بالنفقة أو الكسوة أو الطلاق، ولا تلوم بالاجتهاد، ثم طلق عليه فقله: وإلا أي وإن لم يكن ما ذكره من عدم ثبوت عسره وذلك بأن يثبت عسره فلا يؤمر حينئذ إلا بالطلاق، إذ لا فائدة في أمره بما يثبت عسره وعجزه عنه فيطلق عليه لكن بعد تلوم يراه القاضي كما تقدم. وفي ابن الحاجب: ويثبت لها حق الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة لا الماضية حرين، أو عبيدين أو مختلفين ما لم تكن علمت فقره قبل العقد فيأمره الحاكم بالإنفاق، أو الطلاق فإن أبي طلق عليه بعد التلوم، وروي شهر، وروي شهرين، وروي ثلاثة أيام والصحيح يختلف بالرجاء ا هـ. أي فمن يرجى زوال فقره يتلوم له أكثر من غيره وقال الشارح: يسوغ أن يزداد في الأجل في حق بعض الأرواح لمن يرجى له الوجد والسعة ولا يكون على زوجته كبير مضرة في البقاء معه لانتظار يسره، كما أنه ينقص منه لمن يرجى له شيء مع تضرر زوجته بالإقامة دون القيام بحققها بحسب اجتهد القاضي في ذلك في أفراد المسائل، وإنما التأجيل بالشهرين تقرير لما استمر عليه العمل من القضاة أكثر ما في حق عموم الناس. ا هـ. ثم قال ابن الحاجب وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة ا هـ. التوضيح: اللسخي، وكذلك لو عجز عن الغطاء والوطء أشهب: ويستأنى في الكسوة الشهرين ونحوهما ا هـ. وفي ابن سلمون: فمن ادعى العجز عن النفقة، وكذلك عن القوت وعمّا يوارى العورة من الكسوة وادعى

وقوله: إن لم يثبت عسره أي بينة أو بإقرارها، ولكن ينبغي أن يقيد هذا الأخير بالرشيدة. وقوله: وإلا تلوم أي إن أثبت عسره والتلوم هو المشهور المعمول به ولذلك مر عليه والتلوم باجتهاد الحاكم والاجتهاد باعتبار الرجاء للزوج وصبر المرأة واحتياجها، وربما يدخل في قول المتن

العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لده وعليه إثبات ذلك إن ناكته الزوجة، فإذا أثبت ذلك حلف أنه لا مال له وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه، فإذا حلف أجل في الكسوة، وإن قدر على النفقة دون الكسوة فرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل، إلا دون ذلك، وذلك إلى اجتهد الحاكم، وإذا ثبت عدمه، أو أقر بالعجز ووافقه الزوجة على ذلك أجله الحاكم في الإنفاق عليها الشهر ونحوه وتكون معه في خلال التأجل، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعصار. وإن علم له مال، أو ظهر لده كان للسلطان أن يسجنه، فإن وجد في خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه وبقيت روجه، وإن لم يجد شيئاً ودعت إلى الطلاق فيكتب في ذلك ما نصه لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا، أو حضر عند القاضي فلان وفقه الله الزوجان فلان وفلانة وأقر الزوج فلان باتصال عشرته وأنه لم يجد منه ما ينفق منه على زوجته المذكورة وسألت منه الزوجة النظر لها أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إيايته عنده فطلقها عليه طلاقاً واحداً يملك بها رجعتها إن أيسر في عدتها وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه وشهد على القاضي وفقه الله بما فيه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا، وإن أيسر في عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب من اللباس كان أملك بها انتهى. وفي مفيد ابن هشام: ولو أصر بنفقتها بعد الدخول، أو بعد أن دعي إلى البناء فلم يجد شيئاً ينفق منه عليها وأرادت فراقه فرق بينهما إن طلبت ذلك بعد أن يؤجل له ما يراه الحاكم ولا يكون ذلك إلا أياماً ثلاثاً، أو جمعة وقيل ثلاثين وقيل شهرين، والتوقيت في هذا خطأ وإنما فيه اجتهد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها، والجوع لا صبر عليه. والفرقة فيها طلاق رجعية، فإن أيسر في عدتها فله رجعتها إن كان قد دخل بها ولا يلزمه نفقة ما أصر به، ولا تصح رجعته، إلا باليسار. اهـ.

ثم قال الناظم رحمه الله:

وواجد نفقة وما ابتنى وعن صادق عجزه تبينا
تأجيله عامان وابن القاسم يجعل ذلك لاجتهاد الحاكم

يعني أن من عقد على امرأة ولم يدخل بها، ثم طوّل بالصدّاق فعجز عنه لكنّه يقدر إذا لم يمثل أمر الحاكم له بالإنفاق أو الطلاق مع ادعائه العسر لم يثبت، وظاهر كلام المصنف أن الزوج لا يحبس ولا يؤخذ من ماله كرهاً، وفي ذلك كلام في الشرح بطول بنا جلبيه. وقوله: ورید إلخ، وقوله: فيأمره الحاكم هذا بسطنا فيه الكلام عند قول المتن في العيوب هل يطلقها الحاكم أو يأمرها به؟ وانظر كلاماً طويلاً بقي في الشرح إن شئت.

(ص): وواجد نفقة وما ابتنى. إلى آخر البيتين.

على النفقة فإنه يؤجل لذلك ستين وعن ابن القاسم أن ذلك موكول إلى اجتهد القاضي قال في الوثائق المجموعة: وإذا أصدق الرجل المرأة صداقاً ولم يجد الصداق قبل دخوله عليها ويجد النفقة، فإنه يضرب له في ذلك أجل قيل له، فإن حل الأجل ولو لم يأت بشيء قال يضرب له أجل آخر يتلوم له فيه، فإذا استقصى التلوم رأيت أن يفرق بينهما وليس من ترجى له تجارة تأتيه، أو غلة كالذي لا يعرف له شيء في رواية ابن القاسم عن مالك. وروي عن أشهب أنه يضرب له في الصداق إذا كان يجري النفقة أجل ستين وفي المدونة عن ابن القاسم لا أعرف سنة ولا مستين ولكن قد قال مالك: يتلوم له تلوماً بعد تلوم، وإلا فرق بينهما ١ هـ. ابن الحاجب: وللرأة منع نفسها من الدخول ومن الوطء بعده ومن السفر معه حتى تقبض ما وجب لها من صداقها، فإن لم يجد تلوم له بأجل بعد أجل، ثم يفرق بينهما بطلقة وفي نصف الصداق حينئذ قولان التوضيح: ما وجب لها أي الحال وما حل، ثم قال إذا طولب الزوج بالصداق، فإن صدقته المرأة، أو قامت بينة على إعساره ضرب له الأجل وتلوم له، ثم يفرق بينهما بطلقة قال في المدونة: ويختلف التلوم فيمن يرجى وفيمن لا يرجى، أي فيطل في الأجل في حق من يرجى دون غيره قال المتطي: ويؤجله في إثبات عسره أحدًا وعشرين يوماً، سنة، ثم ستة، ثم ستة، ثم ثلاثة وللرأة أن تطلبه بحميل بوجهه. فإن عجز عنه فلها أن تسجنه؛ لأن الصداق دين كسائر الديون ثم قال: وذكر المتطي أن الذي اختاره الموثقون في مقدار الأجل ثلاثة عشر شهراً، سنة أشهر، ثم أربعة أشهر، ثم شهران، ثم شهر ونقله ابن سحنون ومالك في المختصر أنه يضرب له السنة والستتان، ثم يفرق بينهما، وإن كان يجري النفقة وإذا ضرب الأجل فقال ابن مالك في أحكامه لا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل خليل ولا يبعد أن يختلف فيه كمهنة السنة والكراء ونحوهما. ثم قال في شرح قوله وفي نصف الصداق حينئذ قولان، أي حين التفرق بالإعسار بالصداق ١ هـ. (والى هذا كله) أشار في المختصر بقوله: وإن لم يجد أهلاً لإثبات عسره ثلاثة أسابيع ثم تلوم بالنظر وعمل ستة وشهر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحح عدمه تأويلان، ثم طلق عليه ووجب نصفه، فقوله: وإن لم يجد أهلاً في الحال بقسميه لأن هذا راجع لقوله: فلها منع نفسها إلى تسليم ما حل. ولقوله: ومن يادر أجبر له الآخر باعتبار مبادرة الزوج. وقوله: أجل أي ويلزمه حميل بوجهه وإن لم يعطه سجن إن طلب ذلك منه، ولم ينص عليه المصنف لأن هذا دين كما في التوضيح وغيره، وقد قال في فصل الفلوس وحس لبثت عسره إن جهل حاله ولم يسأل الصبر له بحميل وجهه، وهذا إن لم يقر الخصم بعدمه ولا بينة عنده به. وقوله: ثلاثة أسابيع سنة أيام ثم ستة ثم ثلاثة تلوماً وهذا كلام المتطي وقوله: وعمل ستة وشهر وهذا وإن قاله غير واحد فالاجتهاد هو اللاتق لاختلاف الناس. وقوله: ووجب نصفه وهو الذي به العمل.

قوله: (والى هذا كله) أشار في المختصر بقوله: وإن لم يجد أهلاً لإثبات عسره ثلاثة أسابيع ثم تلوم بالنظر وعمل ستة وشهر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحح عدمه تأويلان، ثم طلق عليه ووجب نصفه، فقوله: وإن لم يجد أهلاً في الحال بقسميه لأن هذا راجع لقوله: فلها منع نفسها إلى تسليم ما حل. ولقوله: ومن يادر أجبر له الآخر باعتبار مبادرة الزوج. وقوله: أجل أي ويلزمه حميل بوجهه وإن لم يعطه سجن إن طلب ذلك منه، ولم ينص عليه المصنف لأن هذا دين كما في التوضيح وغيره، وقد قال في فصل الفلوس وحس لبثت عسره إن جهل حاله ولم يسأل الصبر له بحميل وجهه، وهذا إن لم يقر الخصم بعدمه ولا بينة عنده به. وقوله: ثلاثة أسابيع سنة أيام ثم ستة ثم ثلاثة تلوماً وهذا كلام المتطي وقوله: وعمل ستة وشهر وهذا وإن قاله غير واحد فالاجتهاد هو اللاتق لاختلاف الناس. وقوله: ووجب نصفه وهو الذي به العمل.

لا يرجى، وصحّح عدمه تأويلان، ثمّ طلق عليه ووجب نصفه. اهـ. ثمّ قال:
وزوجة الغائب حيث أمّلت فراق زوجها بشهر أجلت
وبانقضاء الأجل الطلاق مع يمينها وباختيارها يقع

يعني أنّ من غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة وأرادت فراقه فإنّها تؤجّل شهرًا فإذا انقضى الشهر خيّرت في البقاء والطلاق، فإن اختارته فإنّها تطلق عليه بعد يمينها أنّه لم يترك لها نفقة ولا بعث بها ووصلتها، وعلى كونها خيّرت فاختارت الطلاق نبه بقوله: وباختيارها يقع ردًا على من يقول: إنّ القاضي يطلقها عليه، ويأتي التصريح به في آخر كلام ابن سلعون ففي الوثائق المجموعة إذا رفعت امرأة عند الحاكم أنّ زوجها غاب عنها ولم يترك لها شيئًا تنفق منه على نفسها وأثبتت له مالا أعداها بنفقتها فيه، فإن لم تثبت له مالا يعديها فيه، وذهبت إلى أن تطلق نفسها عليه بعدم الثقة (وهو عديم، أو مجهول الحال)، فإنّه يتلوّم له، فإن أتى، أو وجدت له مالا، والأطلقت عليه من جهة الثقة لا من جهة الفقد كما تطلق على العديم الحاضر. ويجب في ذلك أن تثبت عدم الغائب وغيبته، ثمّ يستأني بعد ذلك كما يستأني على الحاضر، ثمّ يقضى عليه وترجى له الحجة لغيبه قال ابن حبيب: وتحلف المرأة بالله ما ترك عندها الثقة ولا أرسل إليه شيئًا ووصل

(ص): وزوجة الغائب حيث لمّلت: إلى آخر البيت.

قوله: (وهو عديم أو مجهول الحال إلخ) هذا ذكره ابن قنوح قائلًا بآثره: وإن ثبت ملاؤه فإن يعرض لها قط ولا تطلق نفسها إلخ، وظاهره ولو تعسر عليها الإنفاق من أجل فقرها وعدم من يسلفها وفي ذلك نظر ظاهر، وفي البيان لابن رشد ما نصّه: الزوج لا يخلو في مغيبه من ثلاثة أحوال: معروف الملاء، ومعروف العدم، ومجهول الحال، فإن كان معروف الملاء فإن الثقة تفرض للزوج عليه على ما يعرف من ملائه وتتبعه بذلك دينًا ثابتًا في ذمته، هذا معنى قول ابن القاسم ونص قول أشهب في الواضحة وظاهر قوله فيها أنّه لا خيار للمرأة في فراقه كما يكون لها ذلك في مجهول الحال، ومعنى إذا كان لها مال تنفق على نفسها منه وما لم تطل إقامته عنها أيضًا على ما تقدم في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم، وفي رسم شهد من سماع عيسى ومعروف العدم لا يفرض لها عليه لانه لا ثقة على معدم إلخ. وقوله: ومعنى ذلك حسن غاية ولكن الكثير لم يذكروا ما ذكره ابن قنوح وابن رشد، وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب حكم الغائب ولا مال له حاضرًا حكم العاجز ابن عبد السلام يعني أن الغائب البعيد الغيبة وليس له مال أو له مال لا يمكنها الوصول إليه إلّا بمشقة حكمه حكم العاجز الحاضر. قلت: قوله إلّا بعد مشقة خلاف ظاهر أقوالهم أنّه لا يحكم لها بطلاقه إلّا إذا لم يكن له مال بحال دون استثناء إلخ. وما ذكره ابن عبد السلام هو الذي يظهر ويدل له مسألة الضمان وهي مضمون قول المتن: ولا يطالب إن حضر الغريم موسرًا ولم يبعد إثباته عليه إلخ. أي أو غاب والحالة أنّه لم يسعد إلخ فجعل ما

إليها ولا وضعت عنه نفقتها ا هـ. وفي طرر ابن عات (بنى ابن فتحوون وثائقه على تلوم ثلاثين يوماً) وفي ابن سلمون، (وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء)، ولم يترك مالا فإنتها تطلق عليه إذا دعت إلى ذلك على الصحيح وقيل لا تطلق عليه؛ لأن النفقة لا تجب لها حتى تطلبها وبغيته عدم ذلك، ثم ذكر الخلاف في وجوب النفقة على الذي غاب قبل البناء وكانت غيبته قريبة دون البعيدة فتلزمه قولاً واحداً إن طلبت الزوجة ذلك، ثم ذكر وثيقة البيته بأنه غاب ولم يترك لها نفقة، ثم وثيقة التاجيل بالشهر، ثم وثيقة التطليق بعد انقضاء الشهر ونصها لما انصرم الاجل المقيّد في كذا ولم يثبت الزوج المذكور في كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها في كذا، وسألت الزوجة من القاضي فلان وقّعه الله النظر لها في ذلك اقتضى نظره إحلافها فحلفت بحيث يجب. وكما يجب (بيّنا) قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب عني زوجي فلان المذكور في كذا الغيبة المشهود بها في كذا ولا رجع من مغيبه سرّاً ولا جهراً وتركني دون نفقة ولا شيء أؤمن به نفسي ولا بعث إليّ بشيء فوصلني ولا أقام لي بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك ولا أذنت له في سفره ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة ولا أعلم مالا أعدي له فيه بذلك ولا أنّ عصمة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتى الآن، ولما كملت يمينها وثبتت لديه أذن لها في تطليق نفسها إن شاءت فطلّقت نفسها عليه واحدة قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسها، أو بعد البناء بها طلقة رجعية يملك بها رجعتها إن قدم موسراً في عدتها وأمرها بالاعتداد من الآن. وإرجاء الحجة للغائب متى قدم ومن حضر اليمين المنصوبة واستوعبها من الخالف ويعرف الإذن فيها وفي الطلاق وأشهدته الخالصة بما فيه عنها وعرفها قيّد بذلك شهادته في كذا وأسقط ابن فتحوون أذن لها في الطلاق وجعل في عوضه فطلّقها وما ذكرنا أصوب ا هـ. وعلى التنبيه على هذا الأصوب أشار الناظم بقوله: وباختيارها يقع قال ابن عات: والمعنى المقصود من ذلك أنّ المرأة هي المفارقة وأن الحق إذا

يبعد إثباته بمنزلة عدم وقف على الشرح فيه هنالك، والحاصل هاهنا كلام كثير منتشر جمعناه في الشرح فانظره، ولا تطلق امرأة قبل رؤيتك أو تبقّيها فإن في المسألة شروطاً كثيرة وقد جمعنا ذلك فيه والحمد لله. قوله: (بنى ابن فتحوون وثائقه على تلوم ثلاثين يوماً إلخ) وفي الفتشالي أن العلم جرى بتاجيل شهر هاهنا ولكن وثيقة ابن فتوح شهرين. قوله: (وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء إلخ) هذا هو الحق، وأن الزوجة قبل البناء إذا غاب عنها زوجها تطلق بعلم الإنفاق وإن لم تدعه إلى الدخول قبل سفره، وقد جمعنا كلام الناس في ذلك عند قول المتن: وإن غاباً. قوله: (بيّنا) قالت فيها بالله الذي لا إله إلا هو إلخ) عبارة ابن فتوح في وثائقه للمجموعة: بالله الذي لا إله إلا هو ما رجع إليها زوجها فلان من مغيبه سرّاً ولا جهراً ولا لزوجها عندها شيء ولا ترك عندها نفقة ولا أرسل إليها شيئاً وصل إليها ولا رضيت بالمقام معه بلا نفقة ولا وضعتها عنه، فحلفت فلانة باليمين المنصوبة في المسجد الجامع المذكور على حسب نصها من قبل، وأجار من البيته من

كان للمرأة خالصاً فإنفاذ الطلاق موكولٌ إليها مع إباحة الحاكم ذلك لها ونسب ذلك إلى السلطان؛ لأنه الحاكم به ومقتله.

(فرع): اختلف إذا فقد الزوج قبل البناء وضرب الحاكم الأجل وفرق بينهما، وسواء تزوجت أم لا، فمن مالك أنها تعطى جميع الصداق، وبه قال سحنون وابن العطار وبه القضاء وفي الجلاب أنها تعطى نصف الصداق فقط، فإن ثبت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها، وكذلك إن مضى عليه من السنين ما لا يحيا إلى مثله وقاله عبد الملك وابن دينار من التوضيح.

فرع: إذا تطوع أحد أقارب الزوج، أو أجنبي بالتفقة على زوجة الغائب فقال أبو القاسم بن الكاتب لها أن تفارق؛ لأن الفراق قد وجب لها وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: لا مقال لها؛ لأن سبب الفراق هو عدم التفقة وقد وجبتها هـ. من طرر سيدي أحمد الونشريسي على وثائق الفشتالي، ثم قال:

ومن عن الإخدام^(٩٠) عجزه ظهر فلا طلاق وبذا الحكم اشتهر

يعني أن الزوج إذا قهر على التفقة والكسوة وعجز عن الإخدام مع كونه وزوجته أهلاً

عرفها وإباح لها تطبيق نفسها إلخ. وقوله: على حسب نصها إلخ أشار لبينة المرأة التي كلفت بها، ولفظ البينة ما نصه: شهدوا على عين فلانة وعرفوها حين شهادتهم أنهم يعرفون فلاناً بعينه واسمه زوجاً لفلانة لا يعلمون أنه انقطعت الزوجية إلى حين أدلتهم لشهادتهم في هذا الكتاب، ويعرفون فلاناً قد غاب عن زوجته فلانة كذا وكذا لا يعلمون أنه انصرف إليها ولا يعلمون أنه ترك لها شيئاً تنفق منه على نفسها ولا أرسل لها بشيء وصل إليها ولا يعلمون له مالا ظاهراً ولا باطناً، على هذه الحال عرفوه منذ كذا وكذا، ولا يعلمون أنه تبدل عنها منذ عرفوه بها إلى أداء شهادتهم في هذا الكتاب قبل فلان إلخ. هذا كلام الوثائق المجموعة بلفظها فانظره مع نقل هذا الشارح له بواسطة، وزاد في حلف المرأة الفشتالي ولا أحالها بذلك فانحالت ولا له بالمدينة المذكورة مال يعدى لها فيه بنفقتها. وزاد أيضاً: ولا ترك لها بذلك كفيلاً ولا رهناً ولا له عليها دين إلخ. وهذه الثلاثة الأخيرة رأيتها في أبي الحسن أيضاً. وما ذكره هذا الشارح في حلفها رأيتها، وفي الشرح كلام طويل في هذا وغيره، والحاصل ما شهد به الشهود لا على القطع وتوهم أن يكون فهي تحلف بخلاف ما قطعوا به كالزوجية فإنها لا تحلف عليها فافهم.

قوله: (فرع إلخ) انظر هذا صدر كتاب المفقود في شرحنا إن شئت، وما نقله هذا الشارح هو كذلك ولكن لم يستوف.

(ص): ومن عن الإخدام إلخ هذا ظاهر.

للإخdam ففي التطلاق عليه بذلك قولان المشهور منهما أنها لا تطلق عليه بذلك. قال في المتيطة: واختلف إذا عجز الزوج عن الإخdam هل تطلق عليه بذلك أم لا؟ فقال ابن القاسم في رواية عيسى: لا تطلق عليه بذلك قال المتيطي، وهذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه القضاء وعليه العمل. اهـ. وجملة عجزه ظهر عن الإخdam صلة من والرابط ضمير عجزه وفلا طلاق جواب من.

فصل في أحكام المفقودين

جمعهم؛ لأنهم أربعة أقسام منهم من يفقد في أرض الإسلام، ومنهم من يفقد في أرض الكفر، وكل منهما؛ إما في غير حرب، أو في حرب ولكل واحد حكم يخصه، ثم قال:

وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب حكم من في الأسر
تعميره في المال والطلاق ممتنع ما بقي الإنفاق
وكل من ليس له مال حري بأن يكون حكمه كالمعسر

المفقود قال ابن عرفة من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه. خرج بقوله من انقطع خبره: الأسير الذي علم خبره، وخرج بقوله ويمكن الكشف عنه: المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه فإنه لا يحكم له بحكم المفقود والحد شامل للحر والعبد قاله الرصاع واعلم أن المفقود؛ إما أن يفقد في أرض الكفر، أو في أرض الإسلام وبدأ الناظم: بالذي يفقد في أرض الكفر وسيقول ومن بأرض المسلمين يفتقد إلخ وقسم المفقود في أرض الكفر إلى من فقد في غير حرب وعليه تكلم في هذه الآيات باعتبار زوجته وماله وأدمج معه حكم الأسير للمجهول الحياة باعتبار زوجته وماله أيضاً فأخبر أن حكم المفقود في أرض الكفر في غير حرب حكم الأسير، أي الذي لم تعلم حياته من موته، وحكمه أن المال لا يورث حتى يأتي عليه من الستين ما لا يعيش إلى مثله. وكذا لا تتزوج زوجته إلا بعد انقضاء أجل التعمير والحكم بموته، فذلك المفقود بأرض الكفر في غير حرب لا يورث ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعد التعمير فقوله والطلاق ممتنع، يعني أن زوجة المفقود والأسير لا تطلق عليه ما دامت نفقتها من ماله، فإن لم يبق له مال، أو لم يكن من أول وهلة فإنها تطلق عليه بالإعسار، وعلى ذلك نبه بقوله وكل من ليس له مال حري البيت فهو تصريح بمفهوم.

فصل في أحكام المفقودين

(ص) - وحكم مفقود بأرض الكفر. إلى آخر الآيات الثلاثة.

قوله بمنع ما بقي الإنفاق إلا أن ظاهر قوله ما بقي الإنفاق أنه مهما كان عنده ما تنفق منه، فلها حكم الزوجة تنفق من ماله ولا تزوج، ولو طالت السنون وليس كذلك، بل هو مفيد بما قبل الحكم بموته، أما إذا انقضى أجل التعمير، وحكم بموته فلا نفقة لها حينئذ ولو كان له مال لأتقيا إذ ذاك متوفى عنها ولا نفقة للمتوفى عنها، ولها أن تزوج بعد عدة الوفاة تبندئها من غد يوم الحكم بموته. قال في المتبعية: وأما الأسير، فإن كان لامرأته شرط في المغيب، طوعاً أو كرهاً، فلها أن تطلق نفسها به عليه، وإن لم يكن لها شرط ولا خلف لها نفقة قامت بعدمها وطلقها عليه الإمام كما تطلق على الحاضر، فإن كان خلف لها ما تنفق منه عليها ولم يكن لها عليه شرط فلا تزوج أبداً وينفق عليها من ماله حتى يثبت موته، أو تبصره طائماً، أو ينقضي تعميره، إن جهل مكانه فتقطع النفقة عنها وعن ماله كان ينفق عليه من ماله وتعتد زوجته وتزوج ويقسم ماله في ثبوت الموت، أو انقضاء التعمير اهـ. ويأتي للنظام الكلام على حد التعمير، وفي مختصر الشيخ خليل وبقيت أم ولده وماله (وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك) للتعمير، والشاهد لسالتنا، أعني مسألة المفقود والأسير هو قوله وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك يعني ومالهما فقوله: ومفقود عطف على الأسير مدخول لزوجة والله أعلم.

قوله: (وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك) أشار بهذا لقوله في المختصر: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير اهـ. فقوله: وبقيت أم ولده أي المفقود للتعمير أي لانقضائه، وهذا إن كان ما تنفق وإلا فاختلف في ذلك فقيل تمتعت قاله أبو عمران في تعاليقه، وقال المتبعية: تعلق بعد التلوم بشهر ثم قال: وقيل تبقى وهو الجاري على قول ابن القاسم، وبه أفتى ابن الشقاق قال: وفيها رواية لابن زيادة أنها تمتعت وأخذ به ابن سهل الخ، وقيل تزوج، والحاصل فيها خلاف جمعناه في الشرح، وكذلك إذا غاب عنها أو عن أمة ولا نفقة قف على ذلك هنا إن شئت. وقوله: وزوجة الأسير أي التي لا شرط لها وإلا فلها الأخذ به، وهذا أيضاً إذا دامت نفقتها وإلا أن تطلق نفسها أيضاً من جهة العسر بالنفقة. وقوله: وماله أي المفقود أي يبقى للتعمير لأنه لا ميراث بشك إلا أن يثبت موته. وقوله: وزوجة الأسير أي تبقى للتعمير إلا أن يثبت موته أي وأخرى مال الأسير أي فإنه يبقى للتعمير، فالفرق بين الأسير والمفقود إنما هو في الزوجة. وقوله: ومفقود أرض الشرك ابن رشد حكم المفقود ببلد الحرب حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله إلا بموته تحقيقاً أو تعميراً في قول كل أصحابنا، حاشا. أشبه فإنه حكم له بحكم المفقود في المال، والزوجة مآ الخ. ولكن انظر الشرح وملخص هذا أن زوجة الأسير تبقى حتى يثبت موته أو تبصره إن علم موضعه أو يمضي التعمير إن جهل مكانه، وهذا إن دامت نفقتها ولا شرطها، وإلا فلها أن تطلق نفسها بالشرط أو بعدم الإنفاق، ومفقود أرض الشرك بلا حرب كذلك تبقى زوجته إلى موته تحقيقاً أو تعميراً، وأما المال فيبقى في الجميع أي في المفقود والأسير وفقيد أرض الشرك.

وإن يكن في الحرب فالمشهور في ماله والزوجة التعمير
وفيه أقوالٌ لهم معيّنة أصحّها القول بسبعين سنة
وقد أتى القول بضرب عام من حين يأس منه لا القيام
ويقسم المال على مماته وزوجةٌ تعتمد من وفاته
وذا به القضاء في الأندلس لمن مضى فمقتفيه مؤنس

يعني المفقود في أرض الكفر إما في غير حرب وقد تقدّم، وإما في حرب وعليه تكلم
هنا فهو تصريح بمفهوم قوله وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب (يعني أن من فقد في
أرض الكفر في الحرب والقتال مع الكفار ففيه قولان) على ما ذكره الناظم، الأول: أنه
يعمل في المال والزوجة كالمفقود والأسير المتقدمين فلا يقسم ماله، ولا تتزوج زوجته، إلا
بعد أجل التعمير، والحكم بموته وإلى هذا أشار بقوله فالمشهور في ماله والزوجة التعمير
القول الثاني: أنه يضرب له أجل سنة بعد النظر والبحث عنه فإذا انقضت السنة ورث ماله
واعتمدت زوجته عدة الوفاة، وهذا هو القول الذي اعتمده الشيخ خليل حيث قال: وفي
المفقود بين المسلمين والكفار تعتد بعد سنة بعد النظر وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله وقد
أتى القول بضرب عام ومبتدأ العام من حيث اليأس من خبره لا من حين قيام الزوجة،
وعلى ذلك نبّه بقوله: من حين يأس منه لا القيام، فإذا انقضى العام وحكم بموته قسم ماله
واعتمدت زوجته عدة الوفاة، وعلى ذلك نبّه بقوله: يقسم المال على مماته البيت فقوله على
مماته، أي على القول بتموته إذ ذلك، أي لا على القول الأول بتعميره، وبهذا القول القضاء

(ص): وإن يكن في الحرب فالمشهور إلخ الأبيات الخمسة.

قوله: (يعني إن فقد في أرض الكفر في الحرب والقتال مع الكفار ففيه قولان إلخ) لم يقل
في المختصر هكذا إنما قال: وفي المفقود بين المسلمين والكفار تعتد بعد سنة بعد النظر إلخ.
فظاهره كان القتال بأرض المسلمين أو بأرض الكفار وهو كذلك، والناظم أيضاً لم يقيد بما في هذا
الشرح، وكذا ابن الناظم لم يقرر بما قاله هذا الشارح، وكلام المقدمات سقاه في الشرح برمته
قال: ولا فرق بين أن يكون القتال ببلد الإسلام أو العدو، ولكن ذكر تفصيلاً يطول جلبه، وما
ساقه الناظم من أنه هو المشهور في هذه المسألة به صلب في المقدمات نسباً لرواية ابن القاسم عن
مالك وجعله قول ابن القاسم، ولعل الناظم لذلك صرح بمشهوريته وإن لم يذكر ذلك ابن راشد،
قف على الشرح وانظر ابن الناظم عنا فيمن فقد في البحر فإنه أجاد وأطال في ذلك المقال، وقول
الناظم أصحها القول بسبعين سنة هو قول مالك وابن القاسم وأشهب وأفتى به ابن زرب وبه
القضاء كما في سجلات الباجي، والقول بالثمانين قوي ولا بد من النظر لعمر من فقد كم هو
فافهم.

في بلاد الأندلس لمن مضى من الشيوخ فمن عمل بذلك فهو مؤتمن ومقتد بهم، ولما ذكر الناظم القول الأول بتعميره ذكر أثره بعض ما قيل في التعمير، وأخبر أن فيه أقوالاً لهم لكنه لم يحك منها إلا قولاً واحداً وهو سبعون سنة، وقال إنه أصحها، وفي ابن الحاجب أن مفقود المعتزك بين المسلمين والكفار ثلاثة أقوال: الأول: أنه كالأسير لا تزوج زوجته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله والثاني: أنه كالمفقود في أرض الإسلام في ماله وزوجته فيعمر في ماله ويضرب لزوجه أجل أربع سنين، ثم تعتد كعدة الوفاة القول الثالث تعتد بعد سنة بعد النظر، وهذا القول هو الثاني في النظم وعليه ذهب خليل كما تقدم، ونقل في التوضيح عن ابن رشد أن في حد التعمير ستة أقوال اقتصر في مختصره على ثلاثة منها، فقال وهو سبعون سنة واختار الشيخان ثمانين وحكم بخمسي وسبعين، ثم قال:

ومن بأرض المسلمين يفقد فأربع من السنين الامد
وباعتداد الزوجة الحكم جرى مبعضاً والمال فيه عمراً

لما تكلم على المفقود في أرض الكفر بقسميه، أي في غير حرب، أو في حرب تكلم هنا على المفقود في أرض الإسلام في غير حرب فأخبر أنه يفصل بين زوجته وماله، فأما زوجته فيضرب لها أجل أربع سنين بعد العجز عن خبره (ثم تعتد عدة الوفاة)، ثم تزوج إن شاءت، وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من السنين ما لا يعيش إلى مثله قال في الرسالة: والمفقود يضرب له أجل أربع سنين من يوم ترفع ذلك وينتهي الكشف عنه، ثم تعتد كعدة الميت، ثم تزوج إن شاءت ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله اهـ. فقوله وباعتداد الزوجة البيت يعني أن الحكم جرى في المفقود بأرض الإسلام مبعضاً بسبب اعتداد الزوجة بعد الأربع سنين وحليتها للأرواح بعدها وتعميره في المال فلم يعمر في الجميع ولا ضرب له الأجل في الجميع، بل عمر في المال وضرب لزوجه الأجل فيحكم بموته باعتبار الزوجة وبحياته باعتبار المال، وهذا هو التبعض والله أعلم.

قال الناظم رحمه الله:

وحكم مفقود بأرض الفتن في المال والزوجة حكم من فني
مع التلوم لاهل المحنة بقدر ما تنصرف منهزمه

(هـ): ومن بأرض المسلمين يفقد إلى آخر البيتين. قوله: (ثم تعتد الخ) هذا إن دامت نفقتها كما في المختصر.

وإن نأت أـمـاكن الملاحم تريص العام لدى ابن القاسم
وأمد العدة فيه إن شهد أن قد رأى الشهود فيها من فقد

هذا هو القسم الرابع من أقسام المفقود بأرض المسلمين في وقت الحرب بينهم، وهو المفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين وذكر الناطم على ظاهر لفظه أن فيه قولاً واحداً بالتفصيل إن لم تبعد أماكن الملحمة فحكمه حكم من مات حاضراً في المال والزوجة فيورث ماله وتعد زوجته، ولا يضرب له أجل وإنما يتلوم الإمام لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهم من انهزم، ثم تعد وتزوج، وإن بعدت أماكن الملحمة التي فقد فيها عن بلده كإفريقية، ونحوها انتظرت زوجته سنة والعدة داخلة في السنة، هذا إن رأى المفقود في المعركة من تقبل شهادته، وإن لم يشهدوا بموته هذا مقصوده، والله أعلم. وإن كان ظاهر لفظه أن الذين رأوه في الملحمة لم يشهدوا وإنما نقلت الشهادة عنهم لقوله: إن شهد أن قد رأى الشهود والأمر قريب بقوله: من فني أي من مات في بلده ونأت معناه بعدت ولدى بمعنى عند وأمد العدة فيه، أي داخل في العام وشهد بالبناء للثائب الذي هو أن قد رأى والشهود فاعل رأى ومن فقد مفعوله، وضمير فيها للملحمة. قال في التوضيح: في المفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين أن ابن الحاجب حكى فيه أربعة أقوال الأول: للمالك وابن القاسم أن زوجته تعد (من يوم التقاء الصفتين) وكان أشباه ذلك فيصاً مضى يوم صفتين والحرث: الثاني: لأصبح يضرب لأمرائه بقدر ما يستقصى أمره ويستبين خبره، وليس لذلك حد معلوم ابن عبد السلام وجعله المصنف خلافاً للأول. وجعله بعضهم تفسيراً له. الثالث

(ص): وحكم مفقود بأرض الفتن إلى آخر الآيات الأربعة.

قوله: (من يوم التقاء الصفتين) عبارة للمختصر: واعتدت في مفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصفتين وهل يتلوم ويجهت تفسيران وورث ماله حيث أهد. وعبارة ابن الحاجب: تعدت زوجته بعد انفصال الصفتين، وروي بعد التلوم بالاجتهاد، فإذا التقى الصفان قرب فجر يوم الجمعة مثلاً وانفصلا الأحد فالعدة قرب فجر من يوم الأحد، ولا تحسب ما قبل ذلك لاحتمال أن يكون مات آخر زمن القتال، والعدة يحتاط فيها كما هو معلوم وبديل ما ذكره عند مضمون قول المختصر: وإن أقر بطلاق فتقدم إلخ في كتاب العدة وبيننا ذلك عند قوله: وألغى يوم الطلاق بل إلغاء يوم الطلاق في العدة إما هو احتياط للعدة كما في ابن رشد وابن يونس وغيرهما، فلو عد ما قبل ذلك لكانت العدة غير كاملة، فقول ابن الحاجب بعد انفصال الصفتين معناه أنها تعد العدة من يوم مفارقة الصفتين. وهو قول الشامل إذا انفصل الصفان، ويجعل يوم الانفصال كأنه يوم الطلاق، والعدة لا تحتاج إلى نية، ويدل على هذا قول اللخمي في تبصرته: لو كان القتال أياماً وأشهرًا فمن آخر يوم وهو في قوة ما ذكرناه، والحاصل هذا الذي ظهر لنا صحته، والناس لهم كلام في هذا كتبناه في الشرح وقف عليه إن شئت.

لابن القاسم تتربص زوجته سنة، ثم تعتد. الرابع: أنَّ العدة داخلة في السنة قال في المقدّمات وهو الصواب؛ لأنه إنما تلوم له مخافة أن يكون حيًا، فإذا لم يوجد له خير حمل على أنه قتل في المعركة، وفي العتية خامس بالفرق بين ما قرب من الديار يتلوم الإمام لزوجه باجتهاده بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم، ثم تعتد وتزوج وبين ما بعد، مثل إفرقية، ونحوها تمكث زوجته سنة فادخل نظر الإمام في ذلك وفرق بين القرب والبعد وفي الموازية سادس إن كان بعيدًا فحكمه كالمفقود تتربص أربعة أعوام اللّحمي من قال: إنَّ العدة من يوم التقاء الصّفين ورث ماله حيثئذ. ومن جعل لزوجه التّربص وقف ماله إلى التّعمير، واختلف على القول بأنَّ زوجته تتربص سنة فقيل يورث ماله ذلك الوقت، وقيل يوقف ماله إلى التّعمير قال في المقدّمات، وهذا الخلاف إنما هو إذا شهدت البيّنة العادلة أنه شهد المعترك، وأمّا إن كان إنما رآه خارجًا مع العسكر ولم يروه في المعترك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق. ١ هـ. فقله فحكمه حكم المفقود، أي تؤجل زوجته أربع سنين ويبقى ماله للتّعمير، والله أعلم. وعلى القول الأوّل: في التّوضيح مع التّردّد في كون الثاني تفسيرًا له، أو خلافًا، ذهب الشيخ خليل حيث قال واعتدّت في كمفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصّفين وهل يتلوم ويجتهد؟ تفسيران وورث ماله وحيثئذ وعلى ما تقدّم عن ابن الحاجب والتّوضيح عن العتية يكون قوله في النّظم، فإن نأت أماكن الملاحم قولًا ثالثًا مستقلًا، لا من تمام الأوّل كما يظهر من النّظم، ويكون قوله إن شهد إلخ تقييدًا لمحلّ الخلاف كما قال: في المقدّمات لا شرطًا في مسألة ما إذا بعدت أماكن الملاحم كما يظهر من النّظم أيضًا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في الحضانة

ابن عرفة: الحضانة هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، وملبسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه الرّصاع: المصدر مضاف للمفعول وأصل ذلك أن يحفظ الولد وبناء المصدر من المفعول فيه خلاف، وقصر الحفظ للحاضن على ما ذكر فلا نظر له في غير هذا، فإن كان للمحضون أب فينظر له في غير هذا من ماله، وتعليمه الصّناعة، وتزويجه، وغير ذلك (حتى إن ختان) المحضون يكون عند أبيه ويردّ إلى الأم،

فصل في الحضانة

قوله: (حتى أن ختان إلخ) الذي في أبي الحسن على المدونة بعد سوق كلامها ما نصّه: يقوم من هذا أن النظر في جميع أمور الصبي على الأب، وليس على الأم إلا التربية والمبيت عندها. الشيخ: انظر ختان الصبي هل عند الأب أو عند الأم؟ وانظر رفاف البنت من أين يكون من بيت الأب أو من بيت الأم؟ أما ختان الصبي فيمكن في بيت الأب ثم يرجع إلى الأم، وأمّا الزفاف

والرَّقَاد اختار بعض الشُّيُوخ أَنَّهُ يَكُونُ عِنْدَ الْأُمِّ أَمَّا وَأَمَّا زَفَافُ الْأُنْثَى لِذَا رُوجِهَا فَمَنْ عِنْدَ أُمِّهَا قَالَهُ فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. قَالَ النَّازِمُ:

الحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الْحَضَانَةِ وَحَالُ هَذَا الْقَوْلِ مُسْتَبَاحٌ
لِكُونِهِ يَسْقُطُهَا فَتَسْقُطُ وَقِيلَ بِالْعَكْسِ فَمَا إِنْ تَسْقُطُ

يعني أَنَّهُمْ (اختلفوا في الحضانة) هل هي حقٌّ للحاضِن؟ وعليه إذا أسقطها سقطت؛ لأنَّ كُلَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ إِذَا أَسْقَطَهُ يَسْقُطُ قِيلَ إِنَّهَا حَقٌّ لِلْمَحْضُونِ، وَهُوَ مُرَادُهُ بِالْعَكْسِ وَعَلَيْهِ فَلَا تَسْقُطُ إِنْ أَسْقَطَهَا. وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي قَوْلِهِ: فَمَا إِنْ تَسْقُطُ وَإِنْ زَائِلَةٌ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ آخَرَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا لَهَا مَعًا، وَالثَّانِي: أَنَّهَا حَقٌّ لِلَّهِ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَعَلَيْهِ فَلَا تَسْقُطُ أَيْضًا إِنْ أَسْقَطَهَا الْحَاضِنُ التَّوَضُّيْعُ: عَنِ اللَّخْمِيِّ: كُلُّ مَنْ ذَكَرَ أَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْحَضَانَةِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ فِي ذَلِكَ مِنْ أَبٍ، أَوْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ حَنَّائًا وَعُطْفًا مَا خِلَا الْأُمِّ فَاخْتَلَفَ هَلْ يُجْبَرُ أَمْ لَا بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهَا، أَوْ لَهُ؟ ابْنُ مُحَرَّرٍ: وَالصَّوَابُ عِنْدِي أَنَّهُ حَقٌّ سَوَاءٌ بَيْنَ الْحَاضِنَةِ وَالْمَحْضُونِ. قَالَ فِي الطَّرَرِ عَنْ ابْنِ مُحَرَّرٍ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي الْحَضَانَةِ هَلْ هِيَ حَقٌّ لِلْأُمِّ، أَوْ لِلْوَلَدِ عَلَى الْأُمِّ؟ وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ هُوَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ حَقًّا لَهَا جَارَ تَرْكُهَا لَهُ، وَانْتَقَلَ إِلَى غَيْرِهَا وَإِذَا كَانَ حَقًّا لِلْوَلَدِ لَزِمَهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهَا تَرْكُهُ إِلَّا مِنْ عِلْرِ قَالَ ابْنُ مُحَرَّرٍ: وَالصَّوَابُ مِنْ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْحَاضِنِ وَالْمَحْضُونِ. قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَالْقَوْلُ الَّذِي اخْتَارَهُ ابْنُ مُحَرَّرٍ هُوَ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ تَطَرَّدَ فِيهِ الْفُرُوعُ الْوَارِدَةُ فِي هَذَا الْبَابِ قَالَ: فَمَا يُؤَيِّدُ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ كَوْنُ الْحَاضِنِ لَا تَجِبُ لَهُ أَجْرَةٌ عَلَى مَجْرَدِ الْحَضَانَةِ فِي الْقَوْلِ الْمَشْهُورِ فَلَوْ لَمْ تَكُنْ حَقًّا لَهُ لَفَرَضْتُ عَلَيْهِ الْأَجْرَةَ فَتَأَمَّلْهُ. أَمَّا تَنْبِيهُ: قَوْلُهُمْ لَا أَجْرَةَ لِلْحَضَانَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ مَعْنَاهُ: لَا أَجْرَةَ لَهَا عَلَى مَجْرَدِ الْحَضَانَةِ، وَأَمَّا خِدْمَتُهَا لِلْمَحْضُونِ كَطَبِخِ طَعَامِهِ، وَطَحْنِ دَقِيقِهِ، وَغَسْلِ ثِيَابِهِ فَإِنَّ لَهَا الْأَجْرَةَ عَلَى ذَلِكَ، وَلِهَذَا رَادَ الشُّيُخُ خَلِيلُ قَوْلِهِ: «لِأَجْلِهَا» بَعْدَ قَوْلِهِ وَلَا شَيْءَ لِلْحَاضِنِ فَنَبِهَ بِهِ عَلَى أَنَّ عَدَمَ اسْتِحْقَاقِهَا لِلْأَجْرَةِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا عَمَلٌ سِوَى الْحَضَانَةِ وَحْدَهَا وَهِيَ النَّظَرُ فِي مَصَالِحِ ذَاتِ الْمَحْضُونِ

فَلَمْ أَرِ فِيهِ نَصًّا وَفِيهِ حَقُّ الْأَبِ وَحَقُّ الْأُمِّ إِنْ خَلَّ هَذَا لَفْظُهُ. وَفِي الْجَزُولِيِّ أَنَّ بَعْضَهُمْ أَخَذَ مِنْ قَوْلِهِمْ حَضَانَةُ الْأُنْثَى إِلَى التَّزْوِجِ وَالدَّخُولِ أَنَّ الزَّفَافَ يَكُونُ مِنْ عِنْدِ الْأُمِّ وَهُوَ أَخَذَ ظَاهِرًا. وَفِي الْفَاتِقِ فِي الْحَادِي وَالثَّلَاثَيْنِ مِنَ الْفُرُوعِ أَنَّ التَّمْرِيطَ يَكُونُ عِنْدَ الْحَاضِنَةِ، وَفِي الْحَادِي وَالْأَرْبَعِينَ مِنْهُ أَنَّ الزَّفَافَ يَكُونُ مِنْ عِنْدِ الْأُمِّ، وَقَالَ فِي الْخِتَانِ يُمْكِنُ أَنْ يَخْتَنَ عِنْدَ أَبِيهِ فِي دَارِهِ وَيَصْنَعُ الصَّنِيعَ ثُمَّ يَرْسِلُهُ إِلَى أُمِّهِ الْإِخ.

(ص): الْحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الْحَضَانَةِ. إِلَى آخِرِ الْبَيْتَيْنِ. قَوْلُهُ: (اختلفوا في الحضانة إلخ) قَالَ فِي التَّوَضُّيْعِ: وَالْمَشْهُورُ أَنَّ الْحَقَّ فِي الْحَضَانَةِ لِلْحَاضِنِ الْإِخ، وَكَانَ مِنْ حَقِّ هَذَا الشَّارِحِ نَقْلُهُ.

كما تقدّم في حدّ الحضانة ومفهومه أنّها إن كانت تخدم المحضون فلها عليه الأجرة وهو كذلك وقيل لها النفقة، وإن رادت على الأجرة ابن عرفة اللّخميّ للآمّ الحاضنة الفقيرة النفقة على ولدها اليتيم. فإن كانت موسرة فقال مالك: لا نفقة لها، وقال مرة: لها إن قامت عليهم، وقال أيضاً تنفق بقدر حضانتها إن كان لا بدّ لهم من حاضن جعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة وأرى إن تأيّم لأجلهم وهي القائمة بأمرهم كان لها النفقة، وإن رادت على الأجرة، لأنّها لو تزوّجت أتى من ينفق عليها، وإن لم تتأيم لأجلهم، أو كانت في سنّ من لا يتزوّج، فلها الأجرة، وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم، أو استأجرت لهم من يخدمهم، وإنّما هي ناظرة لهم فلا شيء لها. اهـ. ومّا ينبي على الخلاف الذي في محضون ليس له إلا دار أرادته جدّته لآمّه حضانته وبيعها والإنفاق عليه من قيمتها، وأرادت جدّته لأبيه حضانته على أن تنفق عليه من مالها وتبقي له داره ف قيل: جدّة الأمّ، أولى وقيل جدّة الأب أولى، وهما على أن الحقّ للحاضنة أو للمحضون، ومن هذا المعنى ما سئل عنه أبو سعيد بن لبّ في بنتين كانتا في حضانة جدّتهما للآمّ فمات أبوهما وأوصى بهما إلى شقيقته ونحت إشراف زوجها فالتزمت العمّة نفقتهما وكسوتهما من مال نفسها من غير رجوع عليهما على أن تكون لها الحضانة وامتنعت الجدة من ذلك، وإن بقيتا عند الجدة ذهب مالهما فأجاب: بأنّ الصواب نقل الحضانة إلى العمّة إن لم يعلم في ذلك ضررٌ على البنتين، ولا نقص مرفق في الكفالة والقيام بالمؤنة والخدمة لظهور المصلحة العظمى للبنتين بعبون مآلهما، ثم رجّح ذلك بوجوه نقلها الشارح في شرح قوله وهي إلى الإنثار في الدخول ثم قال:

وصرفها إلى النساء أليق لأنهنّ في الأمور أشفق
وكسونهنّ من ذوات الرّحم شرط لهنّ وذوات محرم

يعني أنّ صرف الحضانة وجعلها للنساء أليق من جعلها للرجال؛ لأنّ المقصود منها القيام بمؤنة الصبيّ؛ لأنّه خلق ضعيف لا يقوم بنفسه فقدم الشارع لحضانته من هو في طبعه أشفق على المحضون وأرقق به من غيره وعلى هذا نبه بالبيت الأوّل، ثم ذكر في الثاني: أنّه يشترط في الحاضنة شرطان: أحدهما أن تكون من ذوات رحم المحضون، الثاني: أن تكون من ذوات محارمه. قال (القرافي) في ذخيرته: قاعدة: يقدم الشّرع في كلّ ولاية من هو أقوم بمصالح تلك الولاية ففي الحرب من هو شجاع مجرب ليسوس الجيوش، وفي القضاء

(ص): وصرفها إلى النساء أليق. إلى آخر البيتين.

قوله: (القرافي إلخ) هذه القاعدة لا يختلف فيها لأن المنار على جلب المصالح ودفع المضار.

من هو فقيه متوَقِّر الدين والعزم والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارفٌ ببنمية المال ومصارفه، وقد يكون المقدم في باب مؤخرًا في آخر فالبراء مؤخرٌ في الإمامة مقدِّمةٌ في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرجال قال ابن رشد: ويستحقُّ النساء الحضانة بوصفين: أحلهما: أن يكنَّ ذوات رحمٍ من المحضون، والثاني: أن يكنَّ محرَّماتٍ عليه فإن كنَّ ذوات رحمٍ منه ولم يكنَّ محرَّماتٍ عليه كبنت الخالة وبنت العمَّة لم تكنَّ لهنَّ حضانةٌ، وإن كنَّ محرَّماتٍ عليه ولم يكنَّ ذوات رحمٍ منه كالأم من الرضاعة، والمحرَّمات بالصَّهر لم تكنَّ لهنَّ حضانةٌ أيضًا. ١ هـ. وقال ابن رشد أيضًا: (وأما الرجال) فإنَّهم يستحقُّون الحضانة بمجرد الولاية كانوا من ذوي رحم المحرم كالجدة والأخ وابن الأخ، أو من ذوي رحمه الذي ليس بمحرم كابن العم، أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق والوصي من قبل الأب، ومن قبل السلطان. ١ هـ. وقد ذكر في البيت الثاني بعض شروط الحاضن إن كان امرأة، ويأتي بعض شروطه إن كان رجلًا، أو امرأةً في قوله وشروطها الصَّحة والصَّيانة البيتين ولم يظهر. وجه التفرقة بين هذه الشُّروط، والأنسب جمعها في محلٍّ واحدٍ.

قال رحمه الله:

وهي إلى الإثغار في الذكور	والاحتلام الحد في المشهور
وفي الإنثاء للدخول المنتهى	والأم أولى ثم أمها بها
فأمها فخاله فأم الأب	ثم أب فأم من له انتسب
فالأخت فالعمَّة فابنة الأخ	فابنة أخت فإخ بعد رشح
والعصباء بعد الوصي	أحقَّ والسِّن بها مرعي

يعني أنَّ حدَّ الحضانة في الذكر إلى الاحتلام، أي البلوغ على القول المشهور، وقيل إلى الإثغار، وهو قول أبي مصعب وغيره وأما الأنثى فتنتهي إلى دخول زوجها بها، ثم ذكر ترتيب الحاضنات إذا تعدَّدن فذكر أنَّ الأم أولى، ثم أمها وهي جدة المحضون، ثم أم أم الأم وهي جدة أمه، ثم الخالة، ثم أم الأب، ثم الأب، ثم أم الجدة وهي المراد بمن له انتسب، أي من انتسب الأب له وهو الجدة، ثم الأخت، ثم العمَّة، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت،

قوله: (وأما الرجال إلخ) وعلى هذا فيحسن زيادة بيت وهو ما نصّه:

وشروطها ولاية في الرجل . بلا تشكك ولا تحصيل

(ص): وهي إلى الإثغار في الذكور. إلى آخر الآيات الخمسة.

ثمّ الأخ، ثمّ الوصي، ثمّ العصبية ولهذا قال والوصي أحقّ، أي من العصبية وإذا تعدّد من هو في درجة واحدة فالأكبر سنّاً مقدّم على من هو أصغر منه فلذلك قال والسّن بها مرعي، وكذلك إذا تعدّد بوجود الشقيق والذي للأب والذي للاب قدّم الشقيق، ثمّ الذي للأب؛ لأنّ الحنان والشفقة من جهة الأم أكثر من الذي للاب ويقدم عند الاستواء من كلّ وجه بزيادة الصيانة والشفقة. قال في التيطيّة: واختلف قول مالك في أمد حضنة الذكور من البنين فقال في المدونة للاحتلام (قال ابن شعبان: يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن) وفي مختصر ابن عبد الحكم وأبي مصعب: الإثغار في رواية الشيباني عن مالك وفي المدونة والروايات المجموعة وحضنة الغلمان حتى يحتلموا، وحضنة النساء حتى يتكحّن ويدخل بهنّ أرواجهنّ. وفي التيطيّة: قال في المدونة والجلدة للأمّ أحقّ وإن بعدت بعد الأمّ، ثمّ الحفالة، ثمّ الجلدة للاب ثمّ الأب، وقسم ابن الحاجب من له الحضنة إلى ثلاثة أوجه، تارة ينفرد النساء، وتارة ينفرد الرجال، وتارة يجتمع النساء والرجال معاً فأشار إلى انفراد النساء بقوله الحضنة في النساء للأمّ، ثمّ جلدة الأمّ لأمّها، ثمّ الحفالة، ثمّ الجلدة للاب، ثمّ جلدة الأب لأبيه، ثمّ الأخت، ثمّ العمّة، ثمّ بنت الأخ، وفي إلحاق خالة الحفالة بالحفالة قولان وأشار إلى انفراد الرجال بقوله وفي الذكور للاب، ثمّ الأخ، ثمّ الجدّ، ثمّ أبي الجدّ، ثمّ ابن الأخ، ثمّ العمّ، ثمّ ابن العمّ، ثمّ المولى الأعلى والأسفل على المشهور فيهما التوضيح: قوله ثمّ المولى الأعلى، أي بعد العصبية وهو المعتق والأسفل يريد بعد الأعلى نصّ على ذلك اللخمي وقوله على المشهور فيهما، أي في الأعلى والأسفل والمشهور من مذهب المدونة إثبات الحضنة لهما، أي ومقابله لا حقّ لهما في الحضنة، ثمّ أشار إلى الوجه الثالث وهو إذا اجتمع بمنّ له الحضنة النساء والرجال فقال والأمّ، ثمّ أمّها أولى من

قوله: (قال ابن شعبان يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن إلخ) هذا خلاف المدونة، وخلاف قول ابن عبد السلام ما نصّه: المشهور في غاية أمد النفقة أنها البلوغ في الذكور بشرط السلامة المذكورة، والمشهور في غاية أمد الحضنة البلوغ في الذكور من غير شرط إلخ. وما يوهمه كلام ابن شاس هنا أصله في الوجيز للإمام الغزالي نفعتنا الله بدينه وورعه وولايته وتطوعه، والفرق بين الحضنة والنفقة أن الزمن لا يقدر على أن يتفق على نفسه لعدم قدرته على تصرفه في معاشه، والحاضنة إنما هي للتربية وهو لا يحتاجها لأنه بالغ عاقل، والمجنون كذلك في النفقة، وفي الحضنة قد لا يحتاج إليها لأنّ المجنون البالغ يخاف منه، وللمجانين أمكنة يستقلون بها فافهم. ولذلك في المختصر قال في النفقة حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب ولم يذكر ذلك في الحضنة. وكلام التحفة ظاهر في هذا أيضاً، وكلام هذا الشارح هو كلام ابن الناظم نفسه، وربما يكون في ذلك إيهام حيث لم يبنه على ما كتبناه فافهم. وما ذكره الناظم في ترتيب الحاضنين هو تابع للمقدمات فيما يظهر، فإنه حرّز هذا الترتيب وحرّره في الشرح تبعاً للفحول وعلى الله تعالى نيل المأمول.

الجميع، وفي الأب مع بقيتهن، ثالثها المشهور يقدم على من بعد الجدة للأب، وقيل الأب أولى من الأم عند إغفار الذكور، وبقيّة النساء أولى من بقيّة الذكور التوضيح: قوله أولى من الجميع، أي من جميع الرجال والنساء، وقوله: وقيل الأب أولى يعني فأحرى أن يكون مقدّمًا على غيرها، وهذا القول رواه ابن حبيب عن مالك ووجهه أنّ احتياج الولد إلى أبيه بعد سنّ الإغفار أكثر؛ لأنه يحتاج حينئذ إلى التربية والتعليم. اهـ. ونقل الشارح عن ابن رشد الخلاف في بنت الأخت هل لها حضانة، أو لا؟ قال: والصواب أنّ لها الحضانة، فإن اجتمعت مع بنت الأخ ففيل بنت الأخ مقدّمة، وقيل بنت الأخت مقدّمة وقيل هما سواء، ينظر السلطان في اكتفئهما وأحرزهما، وقوله، ثم أمها بها، أي أمّ الأمّ أولى بها، أي بالحضانة وقوله فأمها، أي أمّ المحدث عنها التي هي أمّ الأمّ وأمها هي جدّة أمّ المحضون لأمها. قال الناظم رحمه الله:

وشرطها الصّحة والصّيانة والحُرر والتّكليف والديّانة

وفي الإنثاء عدم الزّوج عدا جدًا لمحضون لها زوجًا عبدا

تعرّض في البيتين لشروط الحاضن فأخبر أنّه يشترط فيه (صحة الجسم) ليتحرّر بذلك من المريض الضعيف القوّ؛ لأنّه لا يقوم بمصلحة نفسه فأحرى أن لا يقوم بمصلحة غيره، وكذا من يخاف من مرضه ضرورة العدوى على ما جرت به عادة الله سبحانه من كونه عنده لا به كالجذام والبرص، (ويشترط فيه أيضًا الصّيانة) ليتحرّر بذلك من حقوق المرأة بسبب عدم الصّون، (وأن يكون في حرز) لئلا يلحقه الضّياع كان يكون بطرف العمارة بحيث يخاف عليه من السّاع ونحوها، أو تصيبه المتوقّعات المحظورة، كالخوف عليه من سارق يسرقه، أو سالب يسلبه ثيابه، أو نحو ذلك ممّا يصيبه من قلّة الصّون والحفظ وأن يكون مكلفًا، أي عاقلًا بالغًا. لأنّ غير البالغ، أو المجنون لا يتصور أن يكون المحضون معه

(ص): وشرطها الصحة والصيانة. إلى آخر البيتين. قوله: (صحة الجسم إلخ) عبارة المختصر والكفاية لا كمسنة. وعبارة اللخمي: وأما صفة من له الحضانة فينصرف إلى وجوه وينحصر في أربعة: أن لا يكون عاجزًا عن القيام بالولد. وأن لا يخشى أن يدخل عليهم ضررًا ولا فسادًا في طباع ولا بدن ولا معيشة. قال ابن الموار فيما يسقط حقها: إن كانت تضعف عنهم أو سقيمة أو مسنة أو سفينة إلخ وهذا منه بلفظه، وهاتان العبارتان أولى من عبارة النظم وأعم، والحاصل الكفاية أن لا يكون عاجزًا عن القيام بالمحضون، وكذلك إذا كان يقدر ولكن بمشقة فذلك بمنزلة العجز لأن ارتكاب المشاق صعب على النفوس وذلك مظنة الترك للقيام المذكور فانهم. قوله: (ويشترط فيه أيضًا الصيانة إلخ) هذا شرط ظاهر. قوله: (وأن يكون في حرز) ذكرنا في الشرح كلام الناس في المسألة وحررنا أنّ الحرز إنما يشترط في المحضونة المطيعة للوطء،

في أمن، ولا حرر فهو في نفسه مفتقر لمن يكفله، (فكيف يكفل غيره)، وأن يكون ديناً؛ لأن الفاسق (وأحرى الكافر) لا يؤمن على المحضون من وجوه. وهذه الشروط عامة، سواء كان الحاضن رجلاً، أو امرأة، ويزاد في شروط الحاضنة الخلو عن زوج قد دخل بها إلا إن كان هذا الزوج جداً للمحضون كالجدة للأم المتزوجة بوالد الأم فلا تسقط حضانتها؛ لأن له حناً وشفقة حتى قيل إن له الحضانة قال في التوادر: من كتاب ابن الموار عن مالك قال ومن لم تكن في حرر، أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنهم، أو كانت سفيهة، أو سقيمة، أو ضعيفة، أو مسنة فلا حضانة لها كانت جدة، أو غيرها قال الشارح: ما عده الشيخ من الشروط مأخوذة من قول مالك في التوادر المتقدم، ثم بيته بما هو ظاهر. وفي المغرب: إذا كانت الأم ليست بمرضية في حالها فيكون أبو الجارية أو، أولياؤها أحق بها إذا

وإن كان الحرر مطلوباً ولكن لا تسقط الحضانة بعدم الحرز إلا في المطيعة للوطء، انظر كلام الناس في ذلك والاعتراض على ابن عرفة، وقول المختصر: وحرر المكان في البنت يخاف عليها أي المطيعة ويشعر به قوله يخاف عليها لأنها هي التي يخاف وطؤها، بل قيل إنما يجب في المطيعة حرر المكان إذا علمت بالجمال أو كان للمحل فيه فساد وإلا فالحرر على الاستحسان لا شرط في استحقاق الحضانة، وكذا الذكر فهو كغير المطيعة، وكذا كلام اللخمي وتبعه أبو الحسن وابن الحاجب وغيرهم وهو نص المختصر وقد رأيته، واعتراض ابن عرفة وغير مسلم قف عليه إن شئت في الشرح. قوله: (فكيف يكفل غيره) قال أبو الحسن ما نصّه: وانظر لم يفرق في المدونة بين أن يكون من يستحق الحضانة صغيراً أو كبيراً وظاهرة الصويرة وبه الفتوى عند الشيخ: لأن الصغير قد يكون ضابطاً ويكون من يحضنه يحضن معه المحضون الصغير أم. بلفظه. وهذا فرع غريب لم نجد من تكلم عليه على وجه البيان، نعم اللقائي في حواشي التوضيح نقله وسلمه، والناس لم يذكروا من شرط الحاضن البلوغ خليل وغيره وإنما ذكره الناظم في قوله مكلفاً. قوله: (وأحرى الكافر) في المختصر لا إسلام أي لا يشترط في الحاضن، ولكن هذا يأتي في كلام هذا الشارح إلخ. وقد قال في المختصر في هذه الشروط ما نصّه: وشروط الحاضن العقل والكفاية لا كسنة، وحرر المكان في البنت يخاف عليها والأمانة وأثبتها وعدم كجذام مضر ورشد لا إسلام وضمت إن خيف للمسلمين، وإن مجوسية أسلم زوجها، وللذكر من يحضن وللأنثى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرماً، وأن لا حضانة له كالأخ أو ولياً كابن العم، أو لا يقبل الولد غير أمه، أو لم ترضعه المرضعة عند أمه، أو لا يكون للولد حاضن أو غير مأمون أو عاجزاً أو كان الأب عبداً وهي حرة. وفي الوصية روايتان وأن لا يسافر إلخ. ولم يذكر من شروط الحاضن البلوغ ولا يتضمنه شرط العقل لأن الصغير يكون عاقلاً، ولذلك يقولون إن المكلف هو العاقل البالغ، وتقدم كلام أبي الحسن فيه، وتقدم الكلام على الشروط الأربعة الأولى، غير أن الحاضنة إذا كانت تجم في بعض الأحيان فإن الكلام يأتي عليه عند قول المختصر: وعدم كجذام إلخ. وقوله: والأمانة أي في دينه وفيما يندفع إليه. وقوله: وأثبتها أي الأمانة يثبتها الحاضن لأنه محمول على غيرها حتى يثبتها وإلا فلا حضانة له، وهو كذلك في الكفاية والحرر

صمّت إلى كفالة وحرز. قال الشّارح: ومن قول المقرّب ومثله أخذ المتأخرون شرط الدّيانة في الحاضنة إذا كانت مسلمة، فإنّ الكتابة تحضن ما لم يخف أن تسقيهم الخمر، أو تغذيهم بالخنزير وفي التّوارد من كتاب ابن الموار: ولا حقّ لمن تكون متزوّجة منهم إلّا أن يكون زوج الجلدة جدّ الصّبيّ فلا يضرّها ذلك. اهـ. من الشّارح وهل يشترط في الحاضن الرّشد أو لا؟ قال الشّيخ خليل في شروط الحاضن ورشدٌ وخرج به السّفيّه قال اللّخمي، وهذا إذا

عن ابن الهندي وغيره، واعتراض التّيطي ومن تبعه فيه ما فيه، انظر الشرح إن شئت فإن الكلام في المسألة طويل، وانظر غير هذه الشروط الثلاثة هل يثبتها الحاضن أم لا؟ وانظر هل يحتاج لذلك بالقياس على هذه الثلاثة أم لا؟ وقوله: وعدم كجلد مضر دخل بالكاف البرص، ونصّ اللّخمي في هذا هو قوله: وأما الضرر في البدن بالجلد والبرص فإن كان خفيفاً لم يمنع، وإن كان متفاحشاً منعت لما يدرك الولد من المضرة برؤيته واحترازاً ممّن يقول: أنّه يخشى مع طول الصّحبة حدوث مثله بالولد، فإن كانت تمنّ في بعض الأحيان ويخاف أن يدرك الولد رعب في حين يعرض لها أو ضيعة منعت، وإذا كانت الحضانة لرجل روعي مثل ذلك فيمن يتولى من نسائه أعني في القيام ودفع المضرة إلخ، فيظهر بحسب ما ذكره الناس في صيوب الزوجين وما تقدم في قول المختصر: والأصحّ منه الأجدم إلخ أن الجلذام مانع وإن لم يضر مع كونه يعدي كثيراً بقدرة الله تعالى عندها لا بها. وقوله: ورشد احتزره به من السفهية والسفيّه، وظاهره أن السفهية لا حضانة لها مطلقاً، وقد قسمها اللّخمي إلى أربعة أقسام، وقد اختلفت الفتوى في المسألة والحق الذي لا يتبع غيره، وقاله اللّخمي وغيره أن السفهية المولى عليها إذا كان لها صيانة وقيام غير متلفة للتقدّر الذي تقبض فلها الحضانة وإلّا فلا، ولعله من أفنى بالحضانة أراد هذه، ومن أفنى بغيرها أراد غيرها، وقف على كلام الناس في الشرح وما اعترض به الناس وما ردّ عليهم به إن شئت أن تطلع على ما هو حق وقوله لا إسلام، أي ليس هو شرطاً في وجوب الحضانة، فهو معطوف على قوله: العقل قبله، وقوله: لا إسلام أي وهي في رتبة غيرها من المسلمات، وبه تفهم أن قول المتن ثم الحالة إلخ أن لا فرق في الترتيب المذكور بين مسلم وكافر، وهذا ظاهرها كما في أبي الحسن. وقوله: وضمت إلخ ظاهر قولهم أن الضم واجب عند الخوف ولا وجوب عند عدمه. وقوله: وللذكر من يحضن أي من يليق للحضانة زوجة أو سرية كما تقدم، راد اللّخمي أو غيرها وهو في التوضيح أيضاً: ويشترط في الزوجة ومن ذكر معها ما يشترط في المرأة الحاضنة لنفسها كما تقدم في كلام اللّخمي وذكره ابن عرفة وغيره، فلا تكون هذه المرأة مجنونة ونحو ذلك، وكان هذا يدخل في قوله: وشرط الحاضن إلخ. وقوله: وللأنثى الخلو عن زوج دخل أي بها وإن لم يدخل فهي على حضانتها وهذا هو المذهب، والفرق أنها بعد الدخول تشتغل بمسائل الزوج عن المحضون، وظاهر المتن أن السقوط بنفس الدخول ولو لم يحكم حاكم بذلك، هو كذلك على ما يظهر رجحانه قد ذكرنا الخلاف في المسألة بالشرح، وظاهر المتن: ولو أجنحت للنكاح فإن الدخول بها يسقط حضانتها وهو كذلك. وقوله: إلّا أن يعلم ويسكت العام يعني أن الأم إذا دخل بها وسكت من له الحضانة عاماً سقطت حضانتها لانه يعد بذلك تاركاً لحقه، وظاهره

كان سفيهاً في عقله ذا طيشٍ وقلة ضبط لا يحسن القيام بالمحزون ولا أدبه، أو كان سفيهاً في المال يكثر ما يقبضه قبل انقضاء الأمد قال، وأما إن كان سفيهاً مولى عليه ذا صيانة وقيام بالمحزون فلا يسقط حقه من الحضانة اهـ. نقله الشارح بهرام ابن غازي قوله: ورشد قد علمت كلام اللّخمي فيه وقال المتطي: اختلف في السّفيه، قيل لها الحضانة وقيل لا حضانة لها ابن عرفة: نزلت بيلد باجة فكتب قاضيا لقاضي الجماعة يومئذ بتونس وهو ابن عبد السلام فكتب إليه بأن لا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحيى ابن الأمير أبي زكرياء فأمر باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك فاجتمعوا بالقصة. وكان من جملتهم ابن هارون والأجيمي قاضي الأنكحة حيثئذ بتونس فافتي القاضيان وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها وافتي ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة، ورفع ذلك إلى السلطان المذكور فخرج الأمر بالعمل

وجدتها عند تمام العام روجة أو طالغاً وهو كذلك، وكلام ابن رشد فيه إيهام ولكن مراده آخر. وقوله: إلا أن يعلم ظاهره أنه إذا لم يعلم لا يسقط بهام وهو كذلك، وظاهر أن الجدة إذا سكنت سنة بعد تزوج البنت ودخولها وعلمها بذلك أنه يسقط حقها وحق من بعدها وهو كذلك، وظاهره أنه إذا سكنت عاماً بعد علمه بدخول الزوج جهلاً بالحكم أنه يلزمه السقوط، وهو كذلك على ما يظهر من كلام الأجهوري، لكن في أنقال الشيخ مسيرة عن محمد عن مالك أنها معلومة وهذا أقوى لأنه نص صريح عن الإمام، ولكن انظر في الشرح عند قول المتن: لو جهلت العتق لا الحكم، وعند قوله: ولا تعود بعد الطلاق، وقوله: أو يكون محرماً أي الزوج والمراد أنه محرم للمحزون، وقوله: أو ولياً أي وليس بمحرّم بتلليل عطفه على المحرم وهو يقتضي المغايرة، وابن العم يكون محرماً للمحزونة بنفس الدخول لا قبل ذلك بخلاف الحال مثلاً فإنه محرم بالأصالة، وابن العم ونحوه بالعروض، ولذلك إذا تزوجت الحاضنة بالمحرم الأصلي تبقى بنتها بيدها، وإن كان ثم من هو أقرب من الحاضنات فارغة من الزوج بخلاف ابن العم مثلاً ولا تغتر بكلام ابن عاشر ولكن لا بدّ لا بدّ من نظر الشرح في هذا، ومحرمة الأجنبية غير الولي التي تحصل بالدخول لا عبرة بها، وإلا لزم أن الأم المدخول بها لا تسقط حضانتها وذلك غير صحيح. وقوله أو ولياً يدخل فيه الوصي وقد قال المصنف في كتاب الحجر: والولي الأب ثم وصيه وإن بعد. وقال في النكاح: وركنه ولي إلخ. ثم قال: وجبر أب ووصي، ثم قال: وهو في الشب وولي، والذي نصّ على مسألة الحاضنة تزوج بالوصي هو صاحب المسائل الملقوطة وعندني أنه أخرى لأنه مقدم على الحال وابن العم في الحضانة بل مقدم على الأخ إلخ. فيسبغ دخوله في قول المتن أو ولياً، وإن كان نقل الخطاب ربما يفهم منه شبه التبصري، وكذا كلام صاحب المسائل الملقوطة والصغير بين أمه ووصي عليه حسن غاية، والملاح حفظه وحفظ الوصي ظاهر مع كونه مع أمه، وقد نزل الوصي منزلة الأب في أمور كما في حمله على السداد في مال يتيمة وغير ذلك كجبره البنت فافهم، وانظر هنا في الشرح كلاماً في أمور كثيرة في اختصارها بعض صعوبة، وكون الذكر إنما يحضن في مواضع دون مواضع. وقوله أو لا يقبل الولد غير أمه وهذا ظاهر لأن زواله

بفتوى ابن هارون وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة ففعل وهو الصواب، وهو ظاهر عموم الروايات في المدونة وغيرها. تكميل: قال ابن عات قال المشاور وحضنة أولاد السَّوَال والفقراء ومن لا قرابة لهم ينظر في ذلك السلطان للأصاغر بالاحوط لهم وما يراه صلاحاً لهم من أحد الأبوين اهـ. والمشاور هو ابن الفخار اهـ. كلام ابن غازي، وكذا من شرط من له الحضنة من الرجال وجود الأهل من زوجة، أو سريّة، نقله في التوضيح عن اللخمي، ثم قال وإذا كانت الحضنة لرجل روعي على مثل ذلك فيمن يتولّى الحضنة من نسائه في القيام بالمحضون ودفع المضرة عنه. اهـ. هذا إذا كان الحاضن والمحضون معاً ذكراً، فيشترط في الحاضن أن يكون له من يحضن، فإن كان الحاضن ذكراً والمحضون أنثى فقال في التوضيح عن اللخمي: وأمّا في الأنثى فتحقّ الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام: ثابت، وساقط، ومختلف فيه، فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم، كالأخ وابنه والجد ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون أو مأموناً ولا أهل له واختلف إذا كان مأموناً وله أهل. اهـ. باختصار. ثم قال الناظم رحمه الله:

وما سقطها لعذر قد بدا وارتفع العذر تعود أبدا

وهي على المشهور لا تعود إن كان سقطها بتزويج قرن

منها يؤدي إلى هلاكه وهو أمر ظاهر. وقوله: أو لم ترضعه المرضعة عند أمه قال ابن غازي فيه ما نصّه: صوابه عند بدلها فيعود الضمير على الأم المتقدمة، والمراد بالبدل من انتقلت له الحضنة بعد تزويج الحاضنة الأولى كما فرضها اللخمي اهـ. وكلام اللخمي هو قوله عاطفاً على ما لا يسقط الحضنة أو يكون الولد رضيعاً لا يقبل غيرها أو يقبل غيرها وقالت للمرضعة لا أرضعه إلا عندي لأن كونه في رضاع أمه، وإن كانت ذات زوج أرفق به من الأجنبية يسلم إليها، وإن كانت الظئر ذات زوج آين إلخ. وهذا منه بلفظه مع تبصرته، والكلام على حذف مضاف الذي هو في تقرير ابن غازي والقرينة الدالة عليه هو قول المتن، وللأنثى الخلو عن زوج ومعناه أن حضانتها تسقط بنفس الدخول كما رأيت، ومن سقطت حضنته فكيف يطلب بكون الرضاع عنده وذلك حضنة أو في حكمها فلا اعتراض على المتن، لأن حذف المضاف مع القرينة لا يعترض ويشفع لهذا الاختصار، فقول ابن غازي ومن تبعه صوابه قد لا يسلم، لأن ما دلّت عليه القرينة في حكم المذكور، فقول من قال صوابه إلخ يفهم منه أن مقابله في حكم الخطأ ليس كذلك، وقوله: أو لا يكون للولد حاضن أي غير المتزوجة، والنكرة في سياق النفي تعم أي لا حاضن له أصلاً لا من الرجال ولا من النساء لأن كونه عند أمه، وإن كان لها زوج أولى من الأجنبي من المحضون كما تقدم في مسألة الظئر. وقوله: أو غير مأمون أو عاجز إلخ هذان في قوة الحاضن المعلوم لأن شرط الحاضن الأمانة والكفاية كما تقدم، وإذا فقد الشرط فقد المشروط شرعاً كالمعلوم وحسباً فيرجع لقول المتن أولاً: يكون للولد حاضن، وكأنه قال: أو لا يكون له حاضن حقيقة أو حكماً فافهم. والحاضن الغائب في حكم المعلوم أعني قبل قدومه، وقد قال في الفائق الغائب على حقّه

لفظة: ما موصولة واقعة على الحضانة، يعني أَنَّ الحضانة إذا سقطت لعذر، ثم زال العذر فإنها تعود وذلك كالمرض، والسفر، وانقطاع اللبن فإنَّ الحضانة تعود بعد الصَّحة والحضور وجري اللبن. وكذا إذا وجبت لها الحضانة وهي إذ ذاك متزوجة ثم طلق الزوج، أو مات، فإنَّ الحضانة تعود لها؛ لأنها معذورة بالمنع من الحضانة بسبب كونها متزوجة فإن وجبت لها وهي غير متزوجة فتزوجت، ثم تأيمت فلا تعود لها لإدخالها على نفسها ما يسقط حضانتها، وعلى عدم عودها في هذه الصورة نَبه بقوله:

وهي على المشهور لا تعود إن كان مسقوطها بتزويج قرن

في نزع الولد من المتزوجة كالثالب في الشفعة هو على حقّه ما لم يقدم، فإذا قدم ولم يأخذ بالشفعة فلا شفعة له بعد عام اهـ. وهو حسن ظاهر. وفي ابن عرفة ما يدل لهذا. وقوله: أو كان الأب عبداً في أنقال ابن عرفة ما نصّه: واختلفوا في الولد العبد فسمِع ابن القاسم شأن العبد ضعيف ولعله يذهب لبلد آخر فأرى أن ينظر للولد ابن القاسم إن كان قيماً بمال سيده تاجرًا له الكفاية فهو أحق، وإن كان وغداً يباع ويستأجر به فلا حق له. ابن رشد: قول ابن القاسم صحيح لا وجه للقول فيه، قلت: قال ابن عبد الغفور قول ابن القاسم استحسان إلخ، وهذا منه بلفظه. وقوله: وإن كان وغداً إلخ شبهه في الوثائق المجموعة، وقال في الشامل: أو كان الأب عبداً وهي حرة، وقيل: إن كان قائماً بأمر السيد وجيهاً فله أخذه إلخ. وكأنه تبع ما يقتضيه كلام المختصر على عادته، وكان ابن عرفة لم يَف على كلام ابن يونس. قال أبو الحسن على قولها بعد ذكرها الانتقال بالولد: وليس للعبد انتقاله بولده كالتاجر والام أحقّ بهم كانت حرة أو أمة لأن العبد لا إقرار له ولا مسكن إلخ. وفي أبي سعيد ولم يزد عليه شيئاً ما نصّه ابن يونس. قال ابن الفناش في النوادر: أرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق بولده إذا تزوجت أمه، وأما العبد الحارّج فلا. اللخمي: وعلى قول مالك إن لم تكن أم وكانت جدة أو خالة مملوكة فرضي من له المالك بكفالة الولد أن يكون ذلك لهما وهما أحق به من الأب إذا كان عبداً اهـ. بلفظه. فالمصنف اقتصر على المدونة ولم يزد تبعاً لها، وكلام ابن يونس ربما يشهد لما قاله ابن رشد، ولكن العبد التاجر بصدد أن يباع في الجملة ويزال المال من يده، ولكن كلام المدونة في الانتقال وهو بخلاف الحضانة بلا انتقال، بدليل أن الخلاف في الحضانة لم يذكر فيه أن الأم حرة فالمصنف مرّ على عدم ذكر القيد لكلام عبد الغفور، وإن كان ربما يظهر رجحان القيد والعلم عند الله تعالى. وقوله: وفي الوصية روايتان هنا كثر فيه اضطراب الناس وكتيباه، والذي يظهر في ذلك أن الوصية إذا كانت أمّا فلا إشكال في كون تزوجها لا يسقط حضانتها، وأما غيرها فالظاهر أيضاً ترجيح عدم السقوط، وهذا كله إذا لم يخف على الأولاد وعزلوا في محل يليق بهم. وأما إن كان زوج الحاضنة شريكاً لا يتقي الله تعالى أو مأكراً أو عرف بالشّر في بلد الحكم فيها قليل والوصية ضعيفة أو بلهاء ولا حرم معها فالأولى هو السقوط أو الواجب، لا سيما إن كان الذي يأخذه من الحاضنة يليق بالحضانة غاية، وهذا يفهم من كلامهم في هذا الباب: ووصي الوصي

أي بإحداث التزويج واستثنائه بعد إن لم تكن وقت وجوب الحضنة متزوجة. قال
 اللّخمي: كل امرأة سقط حقها بسبب ثم زال السبب فهي على حقها إذا كان سقوطه بنير
 اختيارها، مثل أن تكون مريضة فبرئت. أو ذات زوج في حين وجوب ثم طلق، أو مات،
 أو سافر لحجة الفريضة، أو سافر بها زوجها وهو جد الصبيان، أو غيره من الأولياء غير
 طائعة، أو ما أشبه ذلك مما تبين به عذرها. قال مالك في كتاب محمد وإذا تركت ولدها
 من عذر بأن مرضت، أو انقطع لبنها، أو جهلت أن ذلك لها، فلها انتزاعه قال أبو عمران
 في الذي ينتقل إلى بلد من البلدان فيأخذ ولده من أمه، ثم يرجع إلى البلد هل يرد إليها
 الولد؟ فقال نعم يرجع إلى حضنة الأم فقل له فلو خرجت إلى ميراث لها في بلد تطلبه،
 ثم رجعت فقال ترجع إليها الحضنة. ١ هـ. ومقتضاه أن حق الحضنة يسقط حال حصول
 العذر ١ هـ. من حاشية اللقاني على التوضيح وفي الوثائق المجموعة: فإن أسلمت المرأة
 ابنها الموضع إلى أبيه فلما فطم أرادت أخذه، فإن كان إسلامها له عذر مثل أن تكون لا لبن
 لها قبل عذرهما واستردت ابنها بعد فطامه إلى حضانتها. وفي طرر ابن عات: وكذلك إذا
 مرضت، أو سافرت سفرًا لا يكون لها حمل المحضون إليه فلها أن تأخذه إذا رجعت، أو
 صحت، ذكره ابن رشد وفي المقرب قلت، فإن تزوجت وهو صغير فأخذه أبوه، أو
 أولياؤه، ثم مات عنها زوجها، أو طلقها أريد إلى أمه؟ قال لا إذا أسلمته مرة فلا حق لها
 فيه وهو قول مالك ١ هـ. والحاصل أن ما كان من الأعداء اختياريًا أدخلته الحضنة على
 نفسها كالتزويج فإنها لا تعود بعد ذهابه وما دخل عليها من الأعداء اضطرارًا، أحبت أم
 كرهت مثل انقطاع اللبن والمرض، فإنها تعود بعد زواله، والله أعلم.

وحيث بالمحضون سافر الولي بقصد الاستيطان والتنقل

فذاك مسقط لحق الحضنة إلا إذا صارت هناك ساكنة

كالوصي، وكذا مقدم القاضي، فافهم هذه الأمور وادع لمن قرب ونفسه أتعب بالمغفرة العامة
 والرحمة التامة، وبهذه الأمور تعرف ما في الشارح فلا تطيل بتتبعه.

(ص): وحيث بالمحضون سافر الولي، إلى آخر البيتين. كلام هذا الشارح في شرح البيتين
 حسن، لكن بقيت مسائل قف عليها في الشرح إن شئت، ولكن أذكر لك شيئًا من ذلك قال في
 المختصر: وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر وإن رضيعًا، أو تسافر هي سفر نقلًا لا تجارة وحلف
 ستة برد وظاهره بريدن إن سافر لامن وأمن في الطريق وله في بحر إلا أن تسافر هي معه لا
 أقل. فقول: وأن لا يسافر ولي أي جميع من له ولاية على المحضون من وصي ومقدم وقريب
 وظاهره ولو لم يكن وليًا على ماله، ويدل قول ابن قنبر وكذلك الأولياء هم بمنزلة الأب إذا كانوا
 أهلًا لحضنته. وفي الكافي شيء لم أره عند غيره، نعم ولاية المال كالوصي مقدم على غيره.
 وقوله: ولي حر أي لا عبد وظاهره كيفما كان العبد وهو ظاهر كلامهم هنا وظاهره كان ولد العبد

يعني أَنَّ الصَّبِيَّ إذا كان عند حاضسته، ثُمَّ أراد وَلِيَّه أَبًا، أو أَخًا، أو غيرهما أن يسافر بقصد الاستيطان والإقامة على التَّاييد، وأراد أن يذهب بالصَّبِيِّ معه فله ذلك ويقال للحاضنة؛ إمَّا أن تنقل إلى البلد الَّذِي انتقل إليه الوليُّ والمحمون، وإلا سقطت حضانتك ابن الحاجب ويسقط حقَّ الأمِّ وغيرها من الحضانة إذا سافر وليُّ الطِّفْلِ الحرَّ أَبًا، أو غيره سفر نقلة سته برد ولو كان رضيعًا، لا سفر تنزّه، أو تجارة إلاَّ أن تسافر وهي معه التوضيح: دَخَلَ فِي قَوْلِهِ أَبًا، أو غيره الوصيَّ وغيره. وقوله: الحرَّ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ صَفَةً لِلْوَلِيِّ، أو الطِّفْلِ وقوله: سته برد هو بيان للسَّفر المسقط، يعني وأما لو سافر مفردًا قريبًا فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَسْقُطُ حَضَانَتَهَا لِإِمْكَانِ نَظَرِ الْوَلِيِّ، وهذا التحديد للمالك في المؤازية، وقوله ولو كان رضيعًا مبالغة وهو المشهور بشرط أن يقبل غير أمِّه ولابن القَّاسم ليس له أخله إلاَّ أن يكون قطيعًا قد استغنى عن أمِّه والمالك في المؤازية لا يخرج بهم حتَّى يثفروا وقوله: إلاَّ أن تسافر هي معه أي إلاَّ أن تتبعه فهي على حضانتها، ولا كلام للوليِّ. بعض شيوخنا. وإن كان للولد وليَّان وهما في العقد سواء فسافر أحدهما فليس له الرَّحْلة بالولد، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمِّه، وكذلك إن لم يكن له أمٌّ؛ لأنَّه هو المقتدِّم في إنكاحها إن كانت أُنْثَى.

فرعان: الأوَّل: قال جماعة يشترط في إسقاط الحضانة بالسَّفر أن تكون الطريق مأمونة

أمة حرة أو أمة وهو كذلك. وقوله: عن ولد حر الخ مفهومه أن الولد العبد النظر فيه لسيده وهو كذلك، والولد يشمل الذكر والأنثى وهو كذلك هنا. وقوله: أو تسافر هي أي الحضانة وكذا الحاضن الذكر والمصنف تابع لغيره وكان ذلك هو الغالب أي الحاضن يكوِّن أُنْثَى ويَصْطَوِّرُ الْأَخْذَ مِنَ الْحَاضِنِ الذَّكَرِ كَالْجِدِّ لِلْأُمِّ عَلَى مَا ذَكَرَهُ اللَّخْمِيُّ أَنَّهُ يَحْضَنُ، ومررنا على أن مرتبته بعد مرتبة الجَدِّ للأب عليه، فَإِنَّ الْعَمَّ يَأْخُذُ مَتَّهَ لِلْحَمُونَ عِنْدَ سَفَرِهِ وَهَذَا ظَاهِرٌ. وقوله: سفر نقلة أي سفر انقطاع واستيطان^(٩١) بالمحلِّ للانتقل إليه وهو راجع لسفر الولي والحاضنة. وقوله: لا تجارة وأخرى سفر نزعة لأن التجارة محتاج إليها في المعاش وهي مظنة للطول. وقوله: وحلف أي الولي لا الحضانة كما يفهمه اللبيب بسرعة وظاهره حلف الولي متهمًا كان أو لا، واستحسن بعضهم قصر الحلف على المتهم ولكن ابن عرفة جعل هذا القول مقابلًا لما قبله للحلف مطلقًا. وقوله سته برد به الفتوى في سفر الولي والحاضنة والحلف هنا على أنه قصد الاستيطان، ومنهم يفهم أنه لا يلزمه إثبات تقرر استيطانه وذلك هو القول الجيد والراجح، ولذلك المصنف اقتصر على اليمين، والراجح أيضًا حلفه مطلقًا متهمًا كان أو لا كما أشرنا إلى ذلك في الجملة. وقوله: إن سافر لأمن وأمن في الطريق هذا غير خاص بسفر الولي بل التفرير بالولد يمنع مطلقًا حتى أن الأم إذا أرادت به الخروج لنحو يربلين لا تخرج بلا هذين الشرطين. وقوله: إلاَّ أن تسافر الخ أي فيبقى ولدها معها كان الولي لم يسافر. وقوله: سته برد على ما به العمل هذا راجع لسفر الولي وسفر الحضانة فافهم هذا واستعن به على ما تركه هذا الشارح.

(٩١) استيطان: أقام واستوطن.

يسلك فيها بالمال والحريم، وكذلك البلد الذي يتقل إليه ولا يشترط عدم ركوبه به البحر، قاله ابن الملاجشون: لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يَسِيرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ [يونس: ٢٢] والثاني: إذا قلنا للسولي الانتقال بالولد فلا يكون الوالي أحق حتى يثبت عند حاكم البلد الذي فيه الحضنة أنه قد استوطن الموضع الذي رحل إليه. اهـ. ببعض اختصار. قال الناظم:

ويمنع الزوجان من إخراج من من حين الابتداء معهما سكن
من ولد لواحد أو أم وفي سواهم عكس هذا الحكم

يعني إذا بنى الزوج بزوجته فانت معها بولدها الصغير، أو وجدت عنده ولدا له صغيرا وسكن ذلك الولد معهما ثم أراد إخراج ولدها، أو أرادت إخراج ولده عنها فليس ذلك له، ولا لها ويجبر للمتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد، وكذلك إذا وجدت عند الزوج أمه وسكنت ثم امتنع من السكنى معها فليس لها ذلك. وعلى هذا تب باليت الأول ويشطر الثاني وأشار بقوله وفي سواهم عكس هذا الحكم إلى أنه إذا بنى بزوجته ولم تأت معها بولد، أو لم تحم عنه ولدا، ثم أرادت أن تأتي بولدها، أو أراد أن يأتي بولد له، وامتنع الآخر فإن له ذلك، ولا يجبر على السكنى معه وإنما يجبر للمتنع من السكنى معه إذا لم يدخل عليه من أوّل وهلة، إذا كان للولد ولي حاضن يمكن دفعه إليه، وإلا أجبر للمتنع على السكنى معه. وإن لم يدخل عليه ابتداء ففي سماع أشهب وابن نافع من كتاب الطلاق من العتيبة، وسئل عن امرأة خطبها رجل، لها بنت صغيرة لم تل نفسها فتزوجها وهو يعلم بذلك، ثم بنى بها، وابنتها معها، ثم قال لها بعد ذلك أخرجي ابنتك عني، أترى ذلك له؟ فقال له: ما أرى ذلك له. قال ابن رشد: ظاهر قوله أنه إذا تزوجها وهو يعلم بابنتها، ثم بنى بها وهي معها فليس له أن يخرجها عنها وفي طرر ابن عات مما سئل عنه ابن ررب وإن بنى بها والصبي معه، ثم أرادت بعد ذلك إخراجها عن نفسها لم يكن لها ذلك لدخولها عليه وفي سماع سحنون: عن ابن القاسم من كتاب طلاق السنة من العتيبة أنه ليس للرجل أنه يسكن أولاده من امرأته مع امرأة له أخرى في بيت واحد ومسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك، وفي سماع ابن القاسم عن مالك من كتاب النكاح من العتيبة وسئل مالك عن امرأة تزوجها رجل فأسكنها مع أبيه وأمّه فشكت الضرر في ذلك فقال

تنبيه: قول المصنف: وأثبتها أي الامانة هو الملعب وهو شامل للحاضن القيم والمقتل في انتقباله وبعد وصوله وهو الذي يعمل به لرجحانه، وقد يتنا ذلك في الشرح غاية وإن وقع في المسألة اضطراب، فب على ذلك في الشرح والله در المصنف.

(ص): ويمنع الزوجان من إخراج من إلخ.

مالك ليس له أن يسكنها معها فليل له إته يقول: إن أبي أعمى وأغلق دوني ودونه باباً قال ينظر في ذلك، فإن ربي ضرراً كأنه يقول إن ربي ضرراً يحولها عن حالها. ١ هـ. وفي طرر ابن عات: سئل ابن ربيب رحمه الله إذا تزوج الرجل امرأة وله ولد صغير من غيرها فأراد إسمكانه معها بعد البناء، وأبت هي ذلك إن كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله أجبر على إخراجها عنها، وإن كان لا أهل له لم يكلف إخراجها، وأجبرت هي على البقاء معه، ثم قال وكذلك الزوجة إذا كان لها ولد صغير مع الزوج هذا حرقاً بحرف. ١ هـ. تنبيه: ظاهر قوله: أو أمّ أن الأم تجري على هذا التفصيل الذي في الولد وأنها إن كانت مع ابنها يوم البناء ألزمت الزوجة بالسكنى معها، وإلا فلا، وليس كذلك، بل لا تجبر الزوجة على السكنى مع أمه، أو أبيه مطلقاً، سواء كانا معه حين البناء، أو لا ولكن هذا في ذوات القدر، وأمّا الوضيعة فلا التوضيح: قال مالك وليس له أن يسكن معها أبويه إلا برضاها قال في البيان لما عليها من الضرر باطلاعهم على أمرها وما تريد أن تكتمه عنهم من أمرها. قال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول: إن أهلك يؤذوني فأخرجهم عني، أو أخرجني عنهم، رب امرأة لا يكون لها ذلك لكون صداقها قليلاً وتكون وضيعة القدر، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها، وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر فلا بدّ له أن يعزلها، وإن حلف أن لا يعزلها حمل على الحق أبره ذلك، أو أحتته. قال في البيان: وليس قول ابن الماجشون عندي خلافاً لقول مالك ١ هـ. وقد تلخص من هذا أن في الأولاد تفصيلاً غير الذي في الزوجة ففي الأولاد يفرق بين أن يسكنوا من أبوك وهله، أو لا وفي الزوجة يفرق بين أن تكون ذات قدر، أو وضيعة، (وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يني وهو معه والله أعلم).

قوله: (وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يني وهو معه والله أعلم) قول خ: ولها الامتناع إلخ معناه هي مخيرة إن شاءت سكنت مع أقاربه وإن شاءت أن لا تسكن فلها ذلك، ودخل في أقاربه أمه وأبوه، وأمّا مع أم الولد فانظر ذلك في الشرح. وقوله: إلا الوضيعة هي وضيعة القدر وذات صداق يسير ومقابلها ذات القدر واليسار، وهذا ما لم يتحقق ضرر أهلها بها كما في المتطبي وهو حق لا ضرر ولا ضرار وهذا أمر معلوم ولذلك لم يبنه عليه المصنف. وقوله: كولد صغير وأمّا الكبير فهو داخل في قول المصنف مع أقاربه. وقوله صغير أي شخص صغير فيشمل الذكر والأنثى. وقوله: وهو معه أي وعالم به وإلا فلا لزوم إلخ. تنبيه: الوضيعة لا تصدق في الضرر إلا إذا أثبتته، ولكن يجب أن يتنبه القاضي لأمور هنا تصدر عن لا يخشى سطوة الله سبحانه، وهي أن الوضيعة تسكن مع أهل الزوج ويضر بها أهله وليس ثم من يشهد لها إلا الساكنون معه بخيامهم من أقاربه والزوج يمنعها من إتيان القاضي ويخوفها غاية من إتيانه وتبقى في الضرر

باب في البيوع وما شاكلها

ذكر في هذا الباب البيوع، وما شاكلها أي، وما شابهها وكان مثلها في كونه عقد معاوضة (وذلك كبيع أحد التقدين) بجنسه، أو بتقد من غير جنسه؛ لأن البيع الاخص هو الذي أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، وكذلك المقاصة والحالة والشفعة والقسمة والإقالة والتولية والتصيير والسلم، ونحوها مما أدمجها الناظم في هذا الباب، وفصل بين أنواعه بالفصول دون الأبواب. وأما ما فسر به شراح الرسالة قولها، وما شاكل البيوع من الكراء والإجارة لكونهما شراء منفعة والبيع شراء رقية، فلا يصح تفسير كلام الناظم به؛ لأنه لم

لنفتدي منه أو لتبقى في عصمته تخدمه كالامة وهذا بالبوادي^(٩٢) كثير، وقد شاهدنا من ذلك ما يعلمه الله تعالى فليتفطن القاضي لهذا ولا بد ولا بد، ولينظر لقرائن الأحوال إن علم بحكاية هذه المسكنة المفهورة، وقد يكون الأمر بالعكس حتى في الحاضرة تريد الوضعية ما لا ينبغي وتخاف من أهل الزوج أن يطلعوا لها على طلب ما لا ينبغي فتهرب من السكنى معهم غاية، حتى أن القاضي إذا يقول لها لا عليك ويسعطيك كثيرًا ويجاور معك فلان الأمين فلانها نفر من ذلك فرارًا تامًا وهي لم تثبت ضرر الأهل بها، فلينظر أيضًا القاضي في ذلك مما يطلعه على أمرها، إما بتسكينها بين جيران صالحين ويأمرهم بتفقد الأحوال، وكذلك زمان السبية والعياذ بالله تكون عند الرجل الزوجة التي لها القدر وتطلب أن لا تسكن مع الأقارب وإنما تريد السكنى وحدها، والزوج لا يقدر أن يبيت عندها كل ليلة لامور تعرض فلينظر القاضي في ذلك أيضًا ويجتهد، ومن طلب الحق راجيًا ثواب الله في ذلك أعين من الملك ذي القوة المتين.

كتاب البيوع وما شاكلها

قوله: (وذلك كبيع أحد التقدين إلخ) هذا من أفراد البيع الأعم فلا يحسن أن يكون شبيهًا به، ونص ابن عرفة البيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لئلا فتخرج الإجارة والكراء والنكاح، وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطة والسلم والغالب عرّفًا أخص منه بزيادة ذو مكاسب أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فتخرج الأربعة اهـ. بلفظه. وحاصله أن البيع في الشرع يطلق بمعنى أعم وبمعنى أخص؛ والأخص أكثر استعمالا من الأعم. فقوله: عقد معاوضة خرج به الصدقة ونحوها. وقوله: على غير منافع خرج به ما ذكره في نفس حده وتدخل فيه الأربعة المذكورة في الحد نفسه كما بيّنه هو بنفسه، وتدخل المبادلة والإقالة والتولية والشركة في المشتري والقسمة على القول بأنها بيع والشركة في الأموال أيضًا والأخذ بالشفعة، وأما الشفعة فاستحقاق كما في ابن عرفة في بابها، وكذلك يدخل التصيير إلى آخر ما ذكره الناس هنا، وقد بيّنا ذلك في الشرح غاية، ويدخل أيضًا الصلح وهو قول المتن: الصلح على غير المدعي

يذكرهما في هذه الترجمة، بل عقد لهما باباً مستقلاً. وباب البيوع مما يتعين الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه، إذ لا يخلو مكلف غالباً من بيع، أو شراء فيجب أن يعلم حكم الله في ذلك قبل التلبس به. قال القناب: لا يجوز للإنسان أن يجلس في السوق حتى يعلم أحكام البيع والشراء فإنه يكون حينئذ فرضاً واجباً عليه، كذلك الذي يتصرف لنفسه، أو غيره يجب عليه أن يعلم حكم ما يتصرف فيه ولا يجوز للإنسان أن يدفع قراضاً لمن لا يعلم أحكام البيع والشراء ولا يجوز أن يوكل الذمي على الشراء (ولا غيره)، (ولا يتوكل له)، ولا يجوز أن يشارك الذمي إلا إذا لم يرغب الذمي على بيع ولا شراء اهـ. وبعد العلم بما ذكر يجب عليه العمل بما علمه وبجته في ذلك ويتولى بيعه وشراءه بنفسه إن قدر، وإلا فغيره بمشاورته، ولا يتكل في ذلك على من لا يعرف الأحكام، أو يعرفها ويتساهل في العمل بمقتضاها لغلبة الفساد وعمومه. والبيع مصدر باع الشيء، يبيعه إذا أخرجه عن ملكه بعوض، أو أدخله فيه فهو من الأضداد، يطلق على البيع والشراء. وذكر الزناتي في شرح الرسالة أن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج، واشترى إذا أدخل قال: وهي أفصح وعلى هذا اصطلاح العلماء تقريباً للفهم، نقله الخطاب، وفي شرح الجزولي على الرسالة ما حاصله إن كل واحد من المتعاضدين بائع لما خرج من يد مشتر لما أخذه، واصطلاح الفقهاء أن أخذ العرض يسمى مشترياً، وأخذ العين بائعاً وجمع الناظم البيع، وإن كان مصدرًا، وحقه أن لا يجمع لصدقه على القليل، والكثير بلفظ واحد، لكنه جمعه باعتبار أنواعه، كالعلوم والمياه؛ لأن من البيع صحيحاً وفاسداً. والمبيعات: أصول؛ وعروض، وغيرهما كما يأتي قال في التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب البيوع ما نصه أتى بجمع الكثرة لتعدد الأنواع، وحده المازري بأنه: نقل الملك بعوض، وهذا يشمل الصحيح والفساد بناءً على أن الفاسد ينقل الملك، ثم قال: وإن قلنا لا ينقل لم يشمل لكن العرب قد تكون التسمية عندهم صحيحة لاعتقادهم أن الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهلية، وإن كان لم ينقل على حكم الإسلام خليل: وإن أردت إخراجها بوجه لا شك فيه فزد بوجه جائز. اهـ. وحده ابن عرفة بقوله: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذّة ومكايسة، أحد عوضيه

بيع الخ. والحوالة والمقاصة والقرض على ما تراه في بابه، انظر شرحنا في ذلك، وتركنا بعض ما في هذا الشرح مما يتعلق بهذا الحد، وما ذكره ابن عرفة من خروج النكاح والإجارة والكراء في ذلك نظر لأنها تدخل في البيع الأعم، وقد بينا ذلك في الشرح فانظره إن شئت فقد ذكرنا في ذلك كلاماً حسناً، وما ذكره هذا الشارح من كلام ابن عرفة فيه بتر أو شبه بتر. وقولهم هنا شري بمعنى اشترى وباع فيه كلام باعتبار إطلاقه على الاشتراء، انظر الشرح. قوله: (ولا غيره) هذا فيه إيهام، قال في المختصر: ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض أي توكيله في هذه الثلاثة فقط، انظر هذا في الشرح. قوله: (ولا يتوكل له الخ) انظر ما فيه عند قول التحفة: وليس أن يوكل بالمرضي.

غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه فبقوله: عقد معاوضة يشمل هبة الثواب والصرف والمراطة والسلم وأخرج به التبرعات، كالهبة، والصدقة وخرج بقوله: غير منافع الكراء والإجارة لأن العقد فيهما على المنافع، وخرج بقوله: ولا متعة لذة النكاح؛ لأنه عقد معاوضة على متعة التلذذ، وخرج بقوله: ذو مكايسة هبة الثواب؛ لأنها على المكارمة، وخرج بقوله: أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة الصرف، والمراطة؛ لأن العوضين معاً ذهب أو فضة، أو مجتمع منهما، وشمل قوله: أحد عوضيه... إلخ ما إذا كان أحد العوضين ذهباً، أو فضة والآخر عرضاً، وما إذا كانا معاً عرضين: ويأتي للنظام أن هذا الوجه يسمى للمعاوضة، وخرج بقوله: معين غير العين فيه السلم؛ لأن غير العين فيه وهو المسلم فيه في الذمة غير معين، والله أعلم.

ما يستجار بيبعه أقسام أصول أو عروض أو طعام
أو ذهب أو فضة أو ثمر أو حيوان والجميع يذكر

أخبر رحمه الله أن ما يجوز بيعه في نظر الشرع ينقسم إلى ستة أنواع: الأول: أصول وذلك، كالنور، والحوائط والفنادق، والخوانيت، والأرضين، وغير ذلك. والثاني: عروض، كالثياب، والأسلح، والآلات، ونحوها. الثالث: طعام كالخبوب من القمح والشعير، والقطاني، وإدام كالسمن والزيت وفصلحاته، كالملح والبصل، ونحوهما. الرابع: ذهب وفضة وهما النقدان اللذان يتعلق بهما الأغراض من حيث التنمية المنوطة بهما. الخامس: ثمر وذلك، كالفواكه، (والمقاني)، والخضر، وأفردها بالذكر، وإن كانت من جنس الطعام لما اختصت به عن الطعام من اشتراط بلو الصلاح في جوار بيعها، وغير ذلك. السادس: حيوان، كالرقيق، والدواب، والأنعام، والوحش، والطير وفائدة تقسيم هذه المبيعات لما ذكر اختصاص كل نوع منها بأحكام معتبرة فيه، وإن لم تعتبر في غيره على الإطلاق، كالعيوب الموجبة للقيمة في الأصول، أو للرد في الحيوان، والعروض وريا الفضل والنساء في التقدين والطعامين، وبدو الصلاح في الثمار، والمهديين في الرقيق، وغير ذلك. (والمراد بالجوار) في النطق: الجواز الأعم الشامل للوجوب وغيره قال الإمام

(ص): ما يستجاز بيبعه أقسام. إلى آخر البيتين. قوله: (والمقاني إلخ) فيه ما لا يخفاك بدليل كلامهم على قول صاحب المختصر من حب أو ثمر في كتاب الزكاة على نسخة ثمر بالثلاثة، وهذا الشارح تبع ابن النازم في هذا: وكذا في قوله: وفائدة تقسيم هذه المبيعات إلخ، ومعنى هذا الكلام أن الإنسان إذا سمع من الفقهاء أن الربا يحرم في النقد والطعام دون غيرهما يعرف من ذلك أن الحيوان لا ربا فيه لكن هذا إنما يحسن، وفسر في النظم هذه الأنواع هنا كما لا يخفى. قوله: (والموارد بالجوار إلخ) الأولى أن يبقى الجواز على بابه، وأما الوجوب والتدب فلعارض، وكذلك الكرامة والتحرير، فقول هذا الشارح الأعم الشامل للوجوب هذا باعتبار

الخطاب: والإجماع على جواز البيع من حيث الجملة وقد يعرض له الوجوب كمن اضطرَّ لشراء طعام أو شراب، أو غير ذلك، والنَّدْب كمن أقسم على إنسان أن يبيع له سلعة لا ضرورة عليه في بيعها فيندب إلى إيجابته لأنَّ إصرار المقسم فيما ليس فيه ضرر مندوبٌ إليه، والكراهة كبيع الهرِّ، والسَّبَّاح لأخذ جلودها، والتَّحريم كالبيع المنهي عنها وحكمة مشروعيته الرِّقُّ بالعباد، والتعاون على حصول المعاش، ولهذا يمنع احتكار ما يضرُّ بالناس اهـ. وللبيع ثلاثة أركان: الأوَّل: الصَّيْغة، الثَّاني: العاقد والمراد به البائع والمشتري معاً، الثَّالث: المعقود عليه والمراد به الثَّمَن والمثْمون معاً فهي في الحقيقة خمسة، ولما كان البائع والمشتري يشتركان في الشُّروط كما يأتي قريباً عبَّروا عنهما بالعاقد، وكذلك الثَّمَن والمثْمون يشترط في كلِّ واحد منهما ما يشترط في الآخر فلذلك عبَّروا عنهما بالمعقود عليه، والصَّيْغة ما يدلُّ على الرِّضَا من قوله، كبعت ويرضى المشتري، أو ابتعت ويرضى البائع، (أو فعلي، كالمعاطاة) (وذلك فيما كانت قيمته معلومة) فيضع المشتري الثَّمَن ويعطي البائع المثْمون من غير لفظ، وأما العاقد فيشترط في صحَّة انعقاد البيع أن يكون عاقله مميزاً (فبيع غير المميز) لصغير، أو جنون، أو سكر غير منعقد فضلاً عن كونه لازماً، ويشترط في لزومه كون عاقله رشيداً طاقماً فبيع المحجور منعقدٌ غير لازم يتوقَّف لزومه على إجازة حازجه. وقد أشار النَّاظم إلى هذه الشُّروط بقوله في بيع الأصول ممَّن له تصرف في المال وكذا المكره

العروض فحين أراد إدخاله يرد عليه أن يدخل المكره والمحظور وذلك لا يجمعه لفظه، فافهم هذا فإنه يفهم من أنقاله عند تأملها. قوله: **(لو فعل كالمعاطاة الخ)** وقع كلام في المعاطاة بما يلزم البيع فيها للمتعاطين، وحاصل ما تلخص من كلام ابن عرفة وابن رشد والشاطبي وغيرهم إن حصل عرف بلزوم أو ضده عمل عليه، وإلاَّ فإن حصل التقابض من الجهتين فاللزوم للمتبايعين لا إشكال فيه، وإن حصل إعطاء من أحدهما فمن لم يعط فلا لزوم له، أو من أعطى فالظاهر لزوم البيع من جهته لأن إعطائه بمنزلة قوله بعته، والمعاطاة تكون في الأمور التافهة وغيرها ولا تغتر بكلام الأجهري ومن تبعه في هذا.

قوله: **(وذلك فيما كانت قيمته معلومة)** فيه نظر، انظر في الشرح على مسائل المعاطاة فإن المعتبر فيها الإعراب والقرائن وذلك يكون حتى في غير معلوم القيمة، ألا ترى إذا كان بيد زيد ثوب يبيعه فأعطاه رجل في مقابلته ديناراً وتعارفا بحسب القرائن التبايع في ذلك فمكته صاحب الثوب منه فلذلك جائز لأن المدار على وجود الرضا والمعاطاة تدل عليه وكذلك قرائن الأحوال. قوله: **(فبيع غير المميز الخ)** هذا هو الصحيح، وإن لم يميز لم ينفذ بيعه أصلاً، وكلام ابن عرفة مؤول، وما في المختصر هو المول عليه وهو الذي اقتصر عليه هذا الشارح، والسكران هنا حاصل ما ذكرنا فيه إن لم يكن معه تمييز فلا انعقاد ولا لزوم، وإن كان معه تمييز انعقد بلا لزوم، وملخصه أنه كالصبي هذا هو الراجح في المسألة، وقد قال كاتبه في ذلك:

مسكر في بائع كالصغير في مبيزه وضده لا تثمر

بفتح الرء إذا أكره على البيع بيعه غير لازم أيضاً إلا إذا أكره عليه في حق شرعي كقضاء دين ونحوه فلا يشترط رضاه، وأما المعقود عليه فله سبعة شروط: الأول: الطهارة فلا يجوز بيع نجس العين كالزبل، ولا المتنجس الذي لا يقبل التطهير كالزيت على المشهور فيها، أما المتنجس الذي يقبل الطهارة كالثوب فيجوز بيعه إذا بين كونه نجساً، (ويتأكد البيان) إذا كان جديداً، وتعدده كذلك. الثاني: أن يكون متفصلاً به فلا يجوز بيع الحيوان غير المأكول اللحم إذا أشرف على الموت، وكذا مأكول اللحم (على ما قال ابن عرفة) للغرر في حياته وحصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه. الثالث: عدم النهي عن بيعه فلا يجوز بيع الكلاب لورود النهي عن ثمن الكلب وقد اختلف في جواز بيع ما أذن في اتخاذه منها وميسأتي، (وكذا الأضحية)، وأم الولد ونحوها. الرابع: أن يكون مقدوراً عليه فلا يجوز بيع الأبق (إن لم يعرف محلّه)، وكذا إن عرف على المشهور، وكذا لا يجوز بيع البعير الشارد، ولا الإبل المهمل، (وكذا المغصوب) إن كان الغاصب لا تناله الأحكام إلا أن يباع لغاصبه وهل يشترط أن يرده لربه مدّة، وحيث لا يباع لغاصبه، أو لا يشترط ذلك؟ فيه تردد. الخامس: أن يكون علوكاً لبائعه، أو لمن ناب عنه بوكالة، أو إيصاء (فلا يجوز بيع ما ليس لك) فإن وقع، توقّف ذلك على رضا مالكة وهو المعروف ببيع الفضولي ويأتي للنظام فيه تفصيل. السادس: أن يكون ممّا يتقرّر ملك مبتاعه عليه ولو وجب عقده إذ به يجب فلا يجوز أن يباع مصحف، أو مسلم ككافر لعدم تقرر ملكه عليه، فإن وقع فلا يفسخ، ويباع

قوله: (ويتأكد البيان إلخ) التحقيق أنه لا يجب البيان في الثوب النجس إلا إذا كان جديداً أو يفسد الفسل، وكلام ح والفيشي خلاف كلام الناس، قف على هذا في الشرح عند قول المتن: وشروط المعقود عليه طهارة إلخ. قوله: (على ما قال ابن عرفة إلخ) الذي في المختصر وهو قوله: وانتفاع لا كحرم أشرف يظهر أنه الحق لا كلام ابن عرفة، قف على الشرح يظهر لك هذا وبه تعرف جلالة خ في اتباعه المرجع. قوله: (وكذا الأضحية) المشهور في بيع الأضحية وبيع أم الولد التحريم، والمشهور أيضاً في الكلب المأذون فيه التحريم لكن شهر فيه أيضاً عدم التحريم ولم يقع هذا التشهير بالجواز في الأضحية وأم الولد كما بينا ذلك في الأضحية وفي كتاب أمهات الأولاد، ومع ذلك فالراجع هو التحريم في الثلاثة. قوله: (إن لم يعرف محلّه إلخ) انظر هذا عند قول التحفة: والعبد في الإباق مع علم للمحل إلخ. قوله: (وكذا المغصوب إلخ) حاصل هذا أن بيع المغصوب من غاصبه جائز عزم رده أم لا ردّ لربه بالفعل أو لا، وهذا إن جهل حال الغاصب، وأما إن علم منه عدم الردّ فإنه لا يجوز بلا خلاف كما في ابن عرفة لكن ظاهرها الجواز حتى في هذا الوجه، وأما من غير غاصبه فمهما وجد الغرر منع وإلّا جاز، فإن كان مقرراً والأحكام تناله فالجواز إذ لا غرر ومع الإنكار فالمنع وإن كانت البينة ثلثة الأحكام أم لا للغرر إلخ. وانظر تمامه في الشرح فإنما جلينا في المسألة كلام الناس طويلاً. قوله: (فلا يجوز بيع ما ليس لك إلخ) هذا هو المرجع وأن بيع الفضولي حرام كما في المقدمات لابن رشد صريحاً،

عليه ويدخل في قولهم (مما يتقرر ملك مبتاعه عليه) من اشترى من يعتق عليه من أقاربه فإنه مما يتقرر ملكه عليه، ولذلك وجب عتقه عليه وكان له ولأوه. السَّابِع: أن يكون معلوماً، جملة وتفصيلاً، مضموناً كان، أو ثمنًا فلا يجوز بيع المجهول جملةً، كبيع الحوت في الماء، ولا البيع بزنة حجر مجهول القدر ذهباً، أو فضةً ولا بيع معلوم القدر جملةً مجهول التفصيل، كمبدي رجلين بمائة مثلاً (وهو الذي يعبرون عنه بجمع الرجلين) سلعتهما في البيع إذ لا يدري ما ينوب كل واحد من العبيدين من المائة تنبيه: إذا بيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز كتوب وخمر في صفقة واحدة (فنقل في إيضاح المسالك) في ذلك تسعة أقوال: فسخ الجميع، فسخ ما قابل الحرام وصحة ما قابل الحلال، وثالثها الأقل يتبع الأكثر انظر بقيتها في ترجمة العقد هل يتعدّد بتعدّد العقود عليه أم لا؟ قال رحمه الله:

وَابْيَعِ وَالشَّرْطُ الْحَلَالُ إِنْ وَقَعَ مَوْثُورًا فِي ثَمَنِ مِمَّا امْتَنَعَ

وكلام القرافي والحطاب فيه نظر حيث استدلا بظاهر التنبيهات تاركين كلام المقدمات قف على الشرح إن شئت. قوله: (مما يتقرر ملك مبتاعه عليه) كأنه أراد بهذا شراء الذمي عبداً مسلماً أو مصحفاً، ولذلك قال في المختصر: ومنع بيع مسلم ومصحف وصغير لكافر وأجير على إخراجهم. فقلوه: وأجير على إخراجهم هو يدل على أن البيع في نفسه تم، ولذلك يباع على ملكه راد ثمنه أو نقص كما بيناه في الشرح، وكأنهم أرادوا بالتقرر تمام البيع، ودخوله في ملك المشتري والعق عليه دليل على أنه ملكه كما بيناه غاية عند قول المتن في كتاب العتق: وعق بنفس الملك إلى آخره، وهذا الشرط لم يذكره صاحب المختصر تبعاً لكثير وإن كان ألم به في قوله ومنع إلخ وكذا غيره فافهم. ومقابل ما في المختصر من الجبر على الإخراج أن البيع فاسد يفسخ، وهذا القول هو الذي أخرجوه بقولهم يشترط تقرر الملك، وهذا القول بيناه في الشرح وذكره أبو الحسن وابن عرفة وغيرهما. قوله: (وهو الذي يعبرون عنه بجمع الرجلين إلخ) ليس هذا على عمومها ولذا قال في الشامل: ولو جهل كعبد لرجلين بثمن واحد فالأشهر المنع وفسخ إن نزل، فإن فات مضى بالثمن مفوضاً على القيم، وقيل: الأشبه أن يمضي بالقيمة فإن سميا لكل ثمنًا أو قوماً أو دخلاً على التساوي بعد التقويم جازاه. بلفظه، وهو تابع في ذلك لأبن عبد السلام وغيره، وقد بينا في الشرح وجه هذه الصورة الجائزة بأنها لا جهل فيها فلا ترد على من أطلق كالشيخ خليل في المختصر من الذين يطلبون الاختصار، ولكن من لا يعتني بالاختصار غاية ينبغي أن يذكر ذلك أو يجب عليه، وقول المختصر: وجعل بثمن أو مضمون ظاهره كان الجهل من كلا المتابعين أو من أحدهما فقط وهو الراجح، وهل في علم أحدهما يقيد الفساد بعدم علم هذا العالم بجهل صاحبه أو لا يقيد فيكون الفساد مطلقاً؟ ابن رشد: يقيد وهو الذي يظهر رجحانه، ولكن لا بد من الوقوف على كلام الناس في الشرح هنا وعند قوله عدم حرمة ولو لبعضه إلخ. قوله: (فنقل في إيضاح المسالك) مر في المختصر على القول الأول وهو قوله: وعدم حرمة ولو لبعضه، انظر الشرح فقيه كلام، وانظره في علم أحدهما فقط بالفساد على حسب ما قدمناه قريباً.

وكل ما ليس له تأثير في ثمن جواره مائور
والشرط إن كان حراماً بطلا به المبيع مطلقاً إن جملاً

يعني أن البيع إذا وقع مصاحباً للشرط فإما أن يكون ذلك الشرط حلالاً، أو حراماً. فإن كان حلالاً ففيه تفصيل، إن وقع مؤثراً في الثمن جهلاً مثلاً فهو ممنوع، والبيع فاسد، وإن لم يؤثر في ذلك فهو جائز، والبيع صحيح والشرط معمول به وإلى هذين الوجهين أشار بالبيت الأول والثاني، وإن كان الشرط حراماً بطل به البيع مطلقاً، أي أثر جهلاً في الثمن، أو لا، وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الثالث، (فمثال الشرط الحلال) المؤثر في الثمن جهلاً: أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشترى منه، ولا يهبه فففس الشرط وهو كون المشتري يمتسك بما اشترى ولا يبيعه ولا يهبه حلالاً جائز. واشترطه الدخول عليه ممنوع؛ لأن البيع على هذا الشرط إنما يكون غالباً برخص ونقص عن ثمن ذلك المبيع لو لم يشترط ذلك في بيعه لما فيه من التحجير على المشتري، ومقدار ما انتقص من الثمن لأجل ذلك الشرط مجهول والجهل في الثمن لا يجوز ويفسد به البيع، ومثاله أيضاً أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يسلفه دراهم طعاماً مثلاً فنفس المشروط الذي هو السلف جائز، واشترطه وانعقاد البيع عليه ممنوع؛ لأنه إن كان السلف من البائع فإتباعه يبيع غالباً بأكثر من القيمة لأجل السلف. وإن كان من المشتري فإتباعه يشتري غالباً بأقل لأجل السلف أيضاً، ومقدار ما ازداد في الثمن، أو انتقص بسبب الشرط مجهول، والمجهول في الثمن ممنوع يفسد به البيع، ولو تحققنا أن لا زيادة في الثمن ولا نقص؛ لأن القاعدة أن الحكم إذا علل بعلة غالباً اكتفي بغلبتها عن تتبعها في كل صورة صورة، إعطاء للنادر حكم الغالب قاله في التوضيح، وعبارة ابن عرفة في ذلك الحكم المعلق بالمظنة لا يتوقف على تحقق الحكمة هـ. وعلل بعضهم المنع في المثال الثاني بأن السلف صار بسبب اشتراطه من جملة الثمن، والانتفاع به مجهول هـ. وما عللنا به أظهر، والله أعلم. والمنع في المثال الأول أشد؛ لأن فيه زيادة على التأثير في الثمن علة أخرى للمنع وهي كون ذلك المؤثر من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافه؛ لأن الحكم يوجب جواز تصرف المشتري فيما اشتراه على أي وجه

(ص): والبيع والشرط الحلال إن وقع إلى آخر الآيات الثلاثة. قوله: (فمثال الشرط الحلال إلخ) حاصل ما ذكره إن شرط أن لا يبيع مثلاً فيه أنه يؤثر جهلاً في الثمن وفيه التحجير وفيه أنه مناقض للعقد وشرط السلف فيه فإنه أثر في الثمن جهلاً والجهل ممنوع في البيوع إلخ. والناس إنما عللوا الأولى بالتحجير وبأنه شرط يناقض المقصود من العقد. والثانية بأن السلف يخل بالثمن بأن السلف لا يجوز أن يتنفع بسببه للسلف، ولذا قال البرزلي: كل عقد جمع معه السلف فهو فاسد، انظر شرحنا عند قول المتن: وبيع وصرف إلخ، وما زاده هذا الشارح من التعليل قد لا يسلم ولذلك قال في المختصر: وكبيع وشرط يناقض المقصود، ثم قال: أو يخل بالثمن فاقصر على

شاء، مما أباحه الشارع من بيع، أو هبة، أو غير ذلك، فالتحجير عليه بأن لا يبيع ولا يهب شرط منقاضي لمقتضى عقد البيع، واشتراط مثله ممنوعٌ ويفسد به البيع، ومثال الشرط الحلال الذي لا يؤثر في الثمن اشتراط المشتري كون الثمن إلى أجل معين غير بعيد جداً. واشتراط البائع في الثمن المؤجل، أو المعجل أن يعطيه فيه رهناً، أو حملاً فإن ذلك كله جائز بنص الكتاب العزيز فلا يوتهم فيه أنه من الشرط المؤثر في الثمن، وهذا شرط صحيح معمول به وهو مما لا يقتضيه عقد البيع، ولا ينافيه وفيه مصلحة للبائع ويندرج في هذا القسم الشرط الذي يقتضيه عقد البيع كالرجوع بذكر العيب والاستحقاق، ويعمل به ولو لم يشترط، واشتراطه تأكيد، ومثال الشرط الحرام من باع أمة ربيعة واشترط على المشتري (لا يمتعها الدخول والخروج)، أو اشترط كونها مغنية، أو باع داراً واشترط اتخاذها مجمعا لأهل الفساد فالشرط حرام. والبيع به فاسد، وإذا فسد البيع بالشرط الحلال المؤثر في الثمن فاحرى أن يفسد بالحرام المؤثر كالشال الأول والثالث من هذا القسم، فلا فرق في الشرط الحرام بين كونه مؤثراً في الثمن، أو لا، وعلى ذلك نبه بالإطلاق، فقلوه: والبيع مبتدأ خبره مما امتنع والشرط عطف على البيع، ويصيح نصبه على المعية والحلال نعت للشرط على الوجهين ومؤثر حال من فاعل وقع العائد على الشرط «وفي ثمن يتعلق بمؤثر»، وجواب الشرط محذوف لدلالة الخبر عليه وهو مما امتنع وكل مبتدأ مضاف إلى ما وهي نكرة موصوفة واقعة على شرط، أي كل شرط. وجملة «ليس له تأثير» صفة ما، وجملة جواره مأثور من المبتدأ، والخبر خبر كل ومأثور، أي مروى، والشرط مبتدأ خبره جملة الشرط وجوابها، ومرة إن كان حراماً بطلاً به المبيع مطلقاً، وإن جعل حبساً مستغنى عنه؛ لأن معناه إن وقع وذلك هو فرض المسألة، والمبيع فاعل بطل وهو بمعنى البيع أو على حذف مضاف، أي بطل بيع المبيع.

تنبيهات: الأول: المنع في الشرط الحلال المؤثر في الثمن (مقيد بما إذا استمر) المتبايعان على شروطهما، أما إن أسقطاه فإن البيع يصح، وكذا يقيد المنع أيضاً في المثال الأول وهو أن لا يبيع بما إذا عمم، أو استثنى قليلاً كقوله للمشتري على أن لا يبيعه جملة، أو لا يبيعه

هذا، ولكن في كلام ابن الحاج ما يشعر بذلك، وصاحب النظم تابع له في هذا التقسيم الذي في النظم، وربما يكون الأمر في هذا سهلاً. قوله: (أن لا يمتعها الدخول والخروج) تأمل هذا فإنها إذا عرفت بالصيانة وتخرج مسترة فإن هذا خروج غير حرام كما لا يخفى تأمل إطلاقه وكثير من الإمام لا يمتنع من الخروج وإن كن راقعات لأجل قضاء مأرب لهن أو لساكناتهن معروفة.

قوله: (مقيد بما إذا استمر الخ) حاصل ما في المقدمات لابن رشد أن البيع الذي وقع فيه شرط منقاض كله يصح بحذف الشرط، وكذلك إسقاط شرط السلف ما عدا مسألة وهي شراء الرجل السلعة، على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه فإنه يفسخ البيع على كل

إلا من فلان. وأما إذا خصّ نامًا قليلين كقوله به لمن شئت إلا لفلان، أو لبني فلان، وهم قليلون جدًا بالنسبة إلى غيرهم فلا يمتنع هذا الشرط، إذ لا تحجبر فيه ولا بد ولا تأثير في الثمن. الثاني: أعلم أنه لا فرق في اشتراط السلف بين كونه بدلالة المطابقة كما تقدم، أو بدلالة الالتزام وذلك كمن باع شيئًا لمن له عليه دين حال، واشتراط هذا البائع على المشتري عدم المقاصة، بل يقتضيه ثمن هذا المبيع. ويبقى الدين على حلوله فهذا بيع واشتراط سلف؛ لأن من آخر ما أوجب له عد سلفًا، والسلف هنا المشتري من هذا المدين. انظر الخطأ، أو فصل المقاصة. الثالث: أعلم أن الناطم قسم الشرط المصاحب لعقد البيع إلى حلال وحرام، وقسم الحلال إلى مؤثر في الثمن وغير مؤثر، وتلخص من حكمهما أن الشرط الحرام والحلال المؤثر في الثمن، البيع معهما فاسد والشرط باطل وأن الشرط الحلال الذي يؤثر في الثمن، البيع فيه صحيح والشرط معمول به. وبقي عليه قسم ثالث توسط بينهما، البيع فيه صحيح والشرط باطل، وذلك كمن اشترط في بيع الجارية، أو العبد كونهما عريّنين من غير ثوب أصلاً، وكمن اشترط ثماراً، أو حباً مع أرضه قبل وجوب الزكاة واشترط الزكاة على البائع، وكاشترط البائع أن لا عهدة عليه في عيب، أو استحقاق، أو لا جائحة عليه في ثمار ونحوها، أو لا مواضعة في الجارية التي فيها المواضعة، أو اشترط أنه إن لم يأت المشتري بالثمن إلى أجل كذا، فلا يبيع بينهما فالبيع في هذه الفروع صحيح، والشرط باطل إلا إذا اشترط البائع في آخرها أن عقد البيع متوقف على دفع الثمن فإن البيع لا ينعقد إلا بدفعه. وكذا البيع على شرط عدم المقاصة، وكذا اشتراط من اشترى بدين أن الدين لا يحل بموته على أحد القولين وقد أشار الشيخ خليل

حال، ولا يضي إن رضي مشروط الخيار بترك الشرط لأن رضاه بذلك ليس بترك منه للشرط، وإنما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذي اشترطه. بلفظه في هذه. ومسألة أخرى ذكرها في البيان وأشار إليها ابن عرفة بقوله ما نصّه: وهي من باع أمة على أن لا يطأها المبتاع فإن فعل فهي حرة وعليه كذا، قال: هذا يفسخ على كل حال ولا يصح إسقاط هذا الشرط لأنه يبين أنه لكن في المفيد ما نصّه: قال مالك لا يجوز للرجل أن يتزوج المرأة ويشترط لها النفقة على ابنها من غيره صغير وكبير، ولا يجب أن يشترط ذلك في خدمتها، قال ابن القاسم: ويفسخ النكاح وإن تركت المرأة الشرط إلا أن يكون قد بنى بها فيطل الشرط ويكون لها صداق المثل لأنه تقصر حياة الصبي وتطول، ونحو ذلك لأشهب والأبهري إلخ وهذا منه بلفظه. ثم ذكر أنه لا يرجع على أم الربيب فيما أنفقها هنا مطلقاً إلا إذا فسخ النكاح قبل البناء ووجدتها قائمة إلخ. وإنما لم يذكر في المختصر مسائلتي ابن رشد لأن مسألة الأمة الحق فيه الله تعالى فلا يصح حذفه، ومسألة الخيار الحذف للشرط أخذ به فأمرهما ظاهر، وذلك لا يذكره من طلب الاختصار، وابن يونس راد مسألة ثالثة على ما حصر فيه ابن رشد حيث قال في كتاب الخيار ما نصّه: قال مالك رحمه الله تعالى: ولا يجوز في الصرف خيار وإن قرب، قال ابن القاسم: وإن عقده عليه لم يجز، وإن

للوجه الأول بقوله في «تعليد البيوع الفاسدة»، وكسيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع ثم قال: أو يخل بالثمن كسيع وملك ثم أشار إلى الوجه الثاني بقوله: مشبها في الصبحة كشرط رهن وحمل وأشار إلى الثالث بقوله في فصل ما يتاوله البيع «والعبد ثياب مهته»، (وهل يوفي بشرط) عدما وهو الاظهر، أو لا؟ كمشترط زكاة ما لم يطب، وأن لا عهدة، أو لا مواضعة، أو لا جائحة أو إن لم يأت بالثمن لكنا فلا يبيع. التنبية الرابع: اعلم أن الإمام مالكاً رضي الله عنه نزل الأحاديث الواردة في البيع والشرط على الأوجه الثلاثة المذكورة، فتزك ما ورد من فساد البيع والشرط معاً على الشرط الحرام والحلال المؤثر في الثمن، ونزك ما ورد من جوازهما على الشرط الحلال الذي لا تأثير له في الثمن. ونزك ما ورد من جواز البيع وبطلان الشرط على الوجه الثالث. ابن رشد: روي أن عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت فيها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فقلت لأبي حنيفة ما تقول في رجل باع بيعاً واشترط شيئاً؟ فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز فقلت: سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فاستخبرته فقال: ما أدري ما قالوا: «إن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط» (٩٣) ثم أتيت ابن أبي ليلى فاستخبرته فقال: لا أدري ما قالوا: قالت عائشة رضيها: «أمرني رسول الله ﷺ أن اشتري بيرة وأعتقها، وإن اشترط أهلها الولاء فإن الولاء لمن أعتق» (٩٤): البيع

أسقط الخيار قبل التفرق إلا أن يستتيلا صراحة جديداً هذا لفظه. قوله: «وهل يوفي بشرط إلخ» انظر عند شرح هذا للمحل مسائل حققت هناك إن شئت، وعند قول المتن في النكاح: أو إن لم يأت بالصدق لكنا فلا نكاح وتفهم به قول وهذا الشارح هنا: إلا إذا اشترط البائع في آخرها إلخ، وهذه الشروط منها ما يسقط ويصح البيع، ومنها ما يبطل به البيع، إلى آخر ما في هذا الشارح تبيناً للناس ولم نجد ضابطاً يضبطها، أما ما يناقض المقصود أو يخل بالثمن ففسد للبيع وغير هذين ربما يفهم من قول المازري على مسلم عند كلامه على حديث الحلال بين إلخ ما نصه: وكان شيخنا رحمه الله يقول: ما لا فائدة فيه ولا يؤدي إلى فساد في البيع، أن لا يزداد في الثمن ولا ينقص منه لأجله، فهذا الذي قد يقول فيه بعض أصحابنا البيع صحيح ولا شرط باطل اهـ.

(٩٣) [حديث حسن]: بمعناه، أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٥)، وابن ماجه (٢١٨٨)، وأحمد في المسند (١٧٤/٢)، ١٧٩، ١٩٢، ٢٠٥، وعبد الرزاق في المصنف (٥٧٣٥)، واللمزمي في سننه (٢٥٦٠)، وابن حبان في صحيحه (٤٣٢١)، والحاكم في المستدرک (١٠٥/١، ١٠٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٤/١٠)، وحسنه الشيخ الألباني في صحيح أبي داود (٣٥٠٤).
(٩٤) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٤٥٦)، ٢١٥٥، ٢٥٣٦، ٢٥٦١، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٢١٣)، ٣٩٣٠، والترمذي (١١٥٤)، والنسائي (٣٤٥١)، وابن ماجه (٢٥٢١)، وأحمد في المسند (٨١/٦، ٨٢، ١٦٤، ١٦٥، ٢٧٢)، ومالك في الموطأ (١٥٤٥)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩٩/١٠، ٣٠٠).

جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا قال: جابر بن عبد الله «بعث من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حلابها وظهرها إلى الملية»^(٩٥): البيع جائز والشرط جائز. فعرف مالك رحمه الله الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها، ولم يعن غيره النظر، ولا أحسن تأويل الأثر أ. هـ. وإلى هذه القضية أشار الشيخ ابن غازي رحمه الله بقوله:

بيع الشروط الحنفي حرمة وجابر مسوغ لابن شبرمة
وفصلت لابن أبي ليلى الأمة ومالك إلى الثلاث قسم

ومراجه بالتفصيل: جواز البيع. وبطلان الشرط؛ لأن القولين الآخرين جوارهما، أو بطلانهما، والمراد بالأمة: بريرة، ومعنى قوله ومالك إلى الثلاث قسمه أن مالكاً قسم الشرط في البيع إلى الثلاثة الأقسام المتقدمة فالألف واللام في قول الشيخ ابن غازي إلى الثلاث للمعهد والمعهود، الأقسام الثلاثة المذكورة: قسم يصح فيه البيع والشرط معاً وذلك إذا كان الشرط حلالاً ولم يؤثر في الثمن كما تقدم، وقسم يبطلان معاً وذلك إذا كان الشرط حراماً، أو حلالاً وأثر في الثمن. وقسم يصح فيه البيع ويبطل الشرط وذلك في الوجه الثالث، فليس موضوع الأقوال الثلاثة عند مالك واحداً حتى يكون خلافاً حقيقة، بل موضوع كل قول خلاف موضوع القول الآخر، والله أعلم. وتقدم بيان موضوع كل قول من هذه الأقوال قبل كلام ابن رشد هذا.

فرع: إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن فلا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاؤه الثمن لأجل معلوم نقله الخطأب عن ابن أبي رمنين قلت: ولعل هذا في الأصول فقط، أو فيها وفي غيرها إذا وضع المبيع عند أمين على القولين الآتين في قول الناطم وشرط إبقاء المبيع في الثمن رهناً البيتين لأن قولهم هنا إنه بمنزلة الرهن يقتضي أنه تحت يد البائع، وإلا فلا معنى لكونه كالرهن. وهو تحت يد

بلفظه. قال كاتبه: ما فيه الفائدة كشرط رهن أو حميل وما لا فائدة فيه كشرط كون العبد آمياً لا يكتب على كلام تراه عند قول المتن: ورد بعدم شروط إلخ، وكشرطها في الخلع أن يطلقها أكثر من واحدة على كلام في ذلك ذكرناه عند قول المتن في كتاب الخلع: أو قالت طلقتي ثلاثاً بألف إلخ، إذ لا فرق بين النكاح والبيع في هذه الشروط، والشرط للفقد كان لا يبيع إلخ والذي يزداد في الثمن أو ينقص منه هو السلف من البائع أو للمشتري فانهم.

(ص): وجمع بين مع شركة إلى آخر البيتين.

(٩٥) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٣٨٥، ٢٧١٨)، ومسلم (٧١٥)، وأبو داود (٣٥٠٥)، والترمذي (١٢٥٣)، والنسائي (٤٦٥١) وغيرهم.

المشتري، وإذا كان تحت يد البائع فهي المسألة الآتية للنظام.

فرع: قال البردلي في مسائل الضرر عن ابن رشد فيمن له داران باع إحداهما، واشترط على المشتري أن لا يرفع على الحافظ الفاصل بين الدارين شيئاً مخافة أن يظلم عليه داره ويمنع من دخول الشمس فيها فالتزمه المشتري أن البيع جائز والشرط لازم. اهـ.

وجمع بيع مع شركة ومع صرف وجعل ونكاح امتنع
ومع مساقاة ومع قراض وأشهب الجواز عنه ماض

يعني أنه لا يجوز على المشهور. ونسبه الشارح لابن القاسم أن يجتمع البيع مع واحد من هذه العقود الست التي أولها الشركة وآخرها القراض خلافاً لأشهب فإنه يقول بجواز ذلك ونقل في التوضيح عن القرافي منع اجتماع البيع مع واحد من هذه الست، وبقي على الناظم القرض، أي السلف فلا يجتمع مع البيع وكما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه السبعة بزيادة القرض فكذا لا يجتمع اثنان في عقد واحد لانقراق أحكامها هكلا عبارتهم، وأخصر من هذا أن يقال ثمانية عقود لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد. وقد قلت في ذلك تبعاً لغيري في جل التعبير ما نصه:

عقودٌ ممنعا اثنين منها بعقدة لكون معانيها معاً تتفرق
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض قرض بيع محقق

وباء بعقدة ظرفية وقرض بغير توين وحذف العاطف للوزن ومعاً بمعنى جميعاً وظاهر قوله وأشهب الجواز عنه ماض أن أشهب يقول بجواز الجمع بين البيع وكل واحد من هذه العقود الست، والذي في ابن الحاجب أنه يقول بجواز الجمع بين البيع والصرف ولفظه. والصرف والبيع ممنوع خلافاً لأشهب، والتصريح بمنع جمع البيع مع واحد من هذه العقود في عقد واحد هو من زيادة هذا الناظم على مختصر الشيخ خليل إلا منع اجتماع الإجارة والجعل، فقد صرح به حيث قال في باب الإجارة كمع جعل لا بيع، ويدخل في البيع المذكور هنا الإجارة والكراء؛ لأنهما بيع منافع، فكما يمتنع اجتماع البيع مع واحد من هذه العقود الست، كذلك يمتنع اجتماع الإجارة والكراء مع واحد منها. ويجوز البيع مع الإجارة، أو الكراء؛ لأنها من باب واحد، ويمتنع اجتماع الكراء، أو البيع مع الجعل مثلاً، أما منع اجتماع الإجارة مع الجعل فقد تقدم قريباً في نص الشيخ خليل، (والله تعالى أعلم).

قوله: (والله تعالى أعلم إلخ) كلام هذا الشارح هنا حسن، ولكن ترك مسائل كثيرة لا يجوز اجتماعها، قف عليها إن شئت في الشرح منصوبة للفحول، وانظر الكلام على حقيقة الشركة

ونجس صفقته محظورة ورخصوا في الزيل للضرورة

تقدم أن من شرط المعقود عليه أن يكون طاهراً فلذلك امتنع بيع ما هو نجس، كالزبل لكتهم (رخصوا) في بيعه للحاجة إلى الانتفاع به، نقل الشارح رحمه الله عن المقرب قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يكره بيع رجيع بني آدم ولم أسمع منه في الزبل شيئاً ولا أرى به بأساً. ١ هـ. وفي التواتر عن ابن القاسم: ولا بأس بأكل ما زبل به، أي برجيع بني آدم، وبلغني أن ابن عمر كرهه ولا أرى به بأساً، قال أشهب: أكره بيع رجيع بني آدم إلا من اضطر إليه، والمتاع أصغر في شرائه من ياتمه قال الشارح: أقول: مساق هذه الروايات يقتضي كراهتها فلذلك عبر المتأخرون عنهم بأنهم رخصوا في بيع الزبل، وتبعهم الشيخ ١ هـ. قلت: وما تدعو الضرورة إليه مع الاتفاق على نجاسته الماء المتغير بالنجاسة كالمجتمع من المراحيض، وقياسه على الزبل في الترخيص في جواز بيعه (أحروي)، والله أعلم. فرع:

في الشرح فإن الشركة فيها تفصيل هناك. تكميل: المغارسة بمنزلة الجعل فلا تجتمع المغارسة مع البيع وكذا الجعل وهو في المختصر، وما تقدم في الشركة إنما هو البيع الخارج عنها لا ما تتضمنه الشركة من البيع، لأن هذا الثاني ظاهر المدونة جواره وهو مذهب سحنون، وإن وقع لابن القاسم ما يقتضي المنع والسلم والإقالة بيع كما رأيت ذلك في حقيقة البيع وفي المختصر والإقالة بيع إلخ والسلف مفسد لكل عقد معاوضة أجمع معه ومع الصدقة والسلف من المتصدق لا منع ومن المتصدق عليه المنع لأنه جر سلفه نفعاً له، ولا يجوز السلف مع القراض والشركة وذلك داخل في القاعدة، نعم إن كان الشفع للمتسلف فالجواز والإجارة لا تجوز مع الصرف، ولو اجتماعاً في دينار على أصل ابن القاسم الذي يقول: قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر وكذا الكراء لأنهما بيع كما أشير إليه في رسم البيع، وذكر البرزلي جواز اجتماع البيع والقضاء، وقف على تمام هذه الأمور في الشرح وعلى عللها فيه وما في ذلك من الفوائد، ولكن انظر عند قول المتن: كمع جعل صذر الإجارة، وعند قول المختصر: أو باجتماعه مع بيع في كتاب الصداق اهـ.

(ص):

(ونجس صفقته محظورة ورخصوا في الزيل للضرورة)

قوله: (ورخصوا) هذا الذي به العمل كما في الميعار ونقلناه في الشرح بخلاف بيع رجيع الأدمي، وذكرنا كلام الناس في ذلك وأن الزبل في نجاسته خلاف ولا كذلك الرجيع المذكور، وكذا يظهر من كلام البرزلي أن العمل بتونس على جواز بيع الزبل. قلت: وكذلك العمل عندنا بفاس أمنها الله من كل بأس منه وطوله وكرمه وفضله، والشيخ خليل مر على المنع في الزبل لأنه أصل المذهب في بيع النجاسات، وما أجيز منها فهو للضرورة، ويظهر من كلام غير واحد أنه لا بد من تحقيق الضرورة ونقلنا الخلاف في ذلك في الشرح فانظره إن شئت فإن فيه كلاماً نفيساً، وذكرنا الخلاف في بيع العذرة والخلاف في بيع ما دبح من جلد الميتة. قوله: (أحروي) فيه بحث

في بيع ما ظهر من فضلات البهائم، قال في المرقب قال ابن القاسم: ولا بأس ببيع بحر الإبل والغنم وأخشاء البقر وعلى هذا يجوز بيع خرة الحمام والدجاج غير المخلاة، وفي المخلاة نظراً، صح من الشارح. والمحظور بالظاء المشالة: الممنوع، والتصريح بالترخيص في بيع الزبل من زيادة هذا التأظم على المختصر.

فصل في بيع الأصول

البيع في الأصول جار مطلقاً إلا بشرط في البيوع متقى
بأضررب الأثمان والأجال تمن له تصرف في المال

أخبر رحمه الله أنه يجوز بيع الأصول، كاللبن، والحوائط، والحوانيت، والأراضي، وغيرها، إلا أن يصحب بيعها شرط يتقى في البيوع لكونه يناقض مقصود المشتري، أو يخل بالثمن فيفسد البيع إذ ذلك كما تقدم، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، واستثناءه الشرط المتقى في البيع يغني عنه ما سبق ولعله خاف توهم جواره بالاندراج في عموم قوله جار مطلقاً فاستثناه لذلك فإذا خلا بيعها عن الشرط الممنوع فهو جائز بالعين، والعرض، والطعام، والرقيق، والدواب، وغير ذلك من أنواع الأثمان. ويجوز أن يكون ذلك الثمن نقداً وإلى أجل، أي معلوماً غير بعيد جداً، وإلى هذا التعميم أشار بالبيت الثاني فهو تفسير للإطلاق الذي في البيت الأول، وقوله «تمن له تصرف يتعلق بالبيع»، أي بيع الأصول جائز إذا وقع وصدر تمن له التصرف في المال وهو الرشيد، وهو تصريح باشتراط الرشيد في البائع، (ويحتمل أن تكون من قوله: تمن له تصرف بمعنى اللازم)، أي يجوز بيع الأصول لمن له

لأن الزبل فيه خلاف في طهارته ولا كذلك الماء المتغير بالنجاسة، وإنما يقاس على الخلاف في بيع العذرة المنع والكراهة والجواز، ولا فرق بين الاضطراب فالجواز ومع علمه المنع، وقال العبدوسي على مضمون قول المتن في كتاب الإجارة أو على أن يحرقها ثلاثاً أو يزيلها ما نصه: وأقاموا من مسألة الزبل هنا أنه يجوز بيع الماء المضاف، فعلى هذا يجوز لمن كان في ملكه ماء مضاف أن يبيعه له. بلفظه. قلت: ولعل هذا في المضاف المتنجس وأما غيره فلا، وكان الشارح لم يقف على كلام العبدوسي فافهم.

فصل في بيع الأصول

(ص): البيع في الأصول جار مطلقاً. إلى آخر البيتين.

قوله: (ويحتمل أن تكون من قوله تمن له تصرف بمعنى اللازم إلى آخر كلامه) يقتضي أن مادة البيع لا تعدى للمشتري بلفظة من الجارة وليس كذلك كما هو معروف، وقد قال في المختصر في كتاب الإيمان وفي لا باع منه أوله إلخ.

التصرف فيكون نصاً في اشتراط الرشد في المشتري أيضاً. وكل من الاحتمالين صحيح، إذ الرشد شرط في كل من المتعاضدين إلا أنه شرط في اللزوم لا في الانعقاد؛ لأن الانعقاد يجوز من المميز ولو محجوراً، ولا يلزم إلا من الرشد كما تقدم، وذلك الشرط لا يختص ببيع الأصول، بل عام في جميع المبيعات. فرع: قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع السعدي: البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جواراً واحداً لا فضل لبعضها على بعض ليس على من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه كما أن البلد إذا كانت تجري فيه سكة واحدة فليس عليه أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية، وأما البلد الذي تجري فيه جميع السكك، ولا تجوز فيه بجوار واحد لا يجوز البيع فيه حتى يبين بأي سكة يبتاع، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً. ١ هـ. (فرع: سئل الأستاذ أبو سعيد بن لب عما يكثر وقوعه، وهو أن يتسامح الناس في اقتضاء الدراهم الناقصة عن الوازنة إلى أن تصير الدراهم كلها نقصاً ويقع التشاح بعد انعقاد البيع في زمن التسامح، ووقوع القبض في وقت آخر يكون أولو الأمر قد ألزموا الناس التعامل بالوزن. فأجاب: بأن العقود محملها على السكة الوازنة على أصلها، وعلى هذا جرى العرف في العقود، وما يجري بين الناس من المسامحة، كالتعامل التاجر عند الاقتضاء لا تعمر به اللتم، ولا يجوز الدخول في العقود عليه؛ لأنه مجهول، ثم قال: والذي يوجب النظر الفقهي في التالة أن ينظر إلى تواريخ العقود فما انعقد منها على المسامحة في وقت اختلاط الدراهم في التعامل وجواز الناقص مع الوزن على حد واحد في الأشياء كلها لعدم تعلق الأغراض بالوازنة دون الناقصة فالحكم فيها بالوازنة. وإن جرت الناقصة بينهم على التجاوز؛ لأن ذلك على الطوع، فأما ما يحكم به، وما ييدي المخالف على القضاء فبالوازنة التي ضربت عليها سكة ذلك البلد، قاله في الواضحة ووجه ظاهر؛ لأن السكة الموجودة الباقية على ضربها هي الأصل في تعلق الحقوق بها دون ما دخله الفساد منها، إذ التسامح في قبضه معروف يصنعه القابض، ولا يدخل بالحقوق في باب التسامح والمعروف مع السكوت عنه، وما انعقد على المساكنة في آخر تلك المدة وقت أن خلت وجوه التعامل من الدراهم الوازنة كما ذكر في السؤال، فالواجب فيه الآن الحكم بالدراهم الجارية في وقت التعاقد؛ لأنها هي التي كانت حيث شد متعلق الأغراض ومناط الأحكام فيبقى الأمر بعد ذلك كما كان قائماً؛ لأن الناس يفتشون إلى ما يجدون ويعقدون على ما يعتادون، والعادة في عرف الشرع كالشرط. وليس هنا مما يتأوله النص للتقدم؛

قوله: (فرع سئل الأستاذ إلخ) هذا كلام صحيح ولكن ذكرنا هذه المسألة عند قول المختصر: وإن بطلت فلوس إلخ، وكلام الناظم هنا حسن غاية في هذا، وبه تعرف ما وقع عندنا بفاس سنة ثمان عشرة بعد مائة وألف حين كثرت التفتيش للموزونة وأمر أولو الأمر بردها على ما كانت عليه.

لأنه عند وجود الوزن مختلطاً بالتأقص فلم يمين عرف التعامل أحدهما دون الآخر بخلاف هذا الوجه الذي خصّ الوجود فيه الوصف وعيّن المقصود ا هـ. باختصار فرغ: قال ابن سلمون: وإن كان في العقد أنه قبضها مقلبة، ثم أتى البائع بدراهم رديئة يزعم أنها من دراهم المتباع وأنكرها فلا يمين عليه. فإن سقط هذا الفصل من العقد وجبت اليمين على المتباع أنه ما يعرفها من دراهمه، وله ردّ اليمين، فإن ردّها حلف البائع على البتّ أنها من دراهم المتباع، ووجب له البدل. ا هـ. وفي شرح المواق عند قوله في البيوع، وعدم دفع رديء، أو ناقص من صرف ديناراً بدراهم فغاب عليها ثم ردّ منها رديئة فأنكره الصراف فما عليه إلا اليمين أنه لم يعطه إلا جياداً في علمه، وما يعلمها من دراهمه، وكذلك من قبض طعاماً على تصديق الكيل، ثم ادّعى نقصاً، أو اقتضى ديناً، ثم أخذ صرة صدق الدافع أن فيها كذا، ثم وجدها تنقص، فالقول قول الدافع.

(فرغ: يجوز تأخير الثمن) إلى ما يتفقان عليه إلا أن يتناول جدّاً. قال ابن القاسم قبل المالك: أنكره أن يبيع الرجل إلى عشرين سنة؟ قال نعم، قيل له: أنفسخه؟ قال لا قال، ولو كان سبعين أو ثمانين لفسخه، وقد قال لي مالك في النكاح إذا وقع إلى ثلاثين سنة جاز وكذلك البيع عندي، فإن أقام بعد البيع مدة طويلة، ثم قام يطلبه فله ذلك، وكذلك لو لم يقع بينهما إشهاد فلا تبطل إلا بتناول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الديون إن كانت معروفة الأصل إذا تناول زمانها هكذا، ومن هي عليه حاضر فلا يقوم بدنيه إلا بعد هذا من الزمان فيقول: قضيتك وباء شهودي من ابن سلمون وانظر الخطأ في آخر باب الشهادات قبل قوله: باب إن أنلف مكلف... إلخ.

وجائز أن يشتري الهواء لأن يقام معه البناء

هنا مسألتان: إحداهما: شراء عشرة أذرع مثلاً من هواء فوق سقف بيت لأن يقيم مشتره في ذلك الهواء ما أحبّ إذا كان ذلك الهواء مقدراً بأذرع معلومة، ووصف البناء الذي يبنى عليه بصفة مضبوطة. الثانية: شراء عشرة أذرع مثلاً من هواء فوق عشرة أذرع من هواء إذا وصف البناء الأسفل والأعلى؛ لأن متانة الأسفل مما يرغب فيه صاحب الأعلى، وخفة الأعلى مما يرغب فيه صاحب الأسفل. قال في المدونة: يجوز بيع عشرة

قوله: (فري يجوز تأخير الثمن إلخ) هذا أشار إليه في المختصر في النكاح بقوله: أو زاد على خمسين سنة عاطفاً على ما يفسخ فيه النكاح، والبيع كالنكاح كما رأيت دليلاً في نقل هذا الشارح وذكرنا ثم كلام الناس تاماً والحمد لله رب العالمين.

(ص:)

(وجائز أن يشتري الهواء لأن يقام معه البناء)

أذرع فصاعداً من هواء بيت إن وصف ما بيني فوق جداره، ولا بأس ببيع عشرة أذرع من هواء فوق عشرة أذرع من هواء إذا شرط بناءً بينيه ويصفه لبني المتاع فركه. اهـ. من المراقب والظاهر أن كلام الناظم يشمل الصورتين، فإن شملهما فالأولى (من زيادة هذا النظم) على المختصر، والله أعلم إلا أن يقال تؤخذ من باب أخرى مما ذكر صاحب المختصر فلا زيادة.

وما على الجزاف والتكسير يباع مفسوخ لدى الجمهور

التكسير: الكيل والكلام في الأصول والمعنى أنه لا يجوز أن يباع أرض بعضها بالكيل وبعضها جزافاً، كان يشتري أرضاً مائة ذراع منها بكذا وباقيها بكذا، أو اشتري أرضاً على كيل معلوم واشتري معها شجرة، أو كرماً، أو دوراً في عقد واحد، فإن وقع ذلك فسسخ عند جمهور الفقهاء وفهم من نسبة الفسخ للجمهور أن من أهل العلم من لا يفسخه. وأعلم أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً، كالحيوب، ويجوز بيعه جزافاً وأن منها ما الأصل فيه أن يباع جزافاً، كالأرض، والثياب ويجوز بيعه كيلاً، (والضابط) لما يجوز فيه الجمع بين الجزاف والكيل في صفقة واحدة، وما يمنع من ذلك أنه إذا جاء كل من المبيعين على أصله جاز بيع جزاف أرض مع مكيل حب لمجيء كل منهما على أصله، وإن خرجا معاً عن أصلهما، كجزاف حب مع مكيل أرض، أو خرج أحدهما فقط كجزاف أرض مع

قوله: (من زيادة هذا النظم إلخ) صاحب المختصر قال: وهواء فوق هواء إن وصف البناء ولا شك إذا جازت، وهذه الصورة فأحرى هواء فوق بناء من غير تردد في ذلك أصلاً، وفي التهذيب في باب الغرر ما نصّه: ولا يجوز لك أن تبيع عشرة أذرع من هواء هو لك فوق عشرة أذرع من هواء يبقى لك إلا أن تشتري بناءً تبنيه قدر عشرة أذرع وتصفه لبني المتاع فوق فيجوز، ويجوز أن تبيع عشرة أو أكثر من فوق سقف لك لا بناء لك عليه إذا بين لك المتاع ما بيني على جدارك اهـ. فصاحب المختصر ذكر الأولى ولذلك قال إن وصف البناء وترك الثانية لأنها أحرورية، وإن كان يشترط فيها بيان ما بيني المتاع وقف على الشرح على ما وقع للناس هنا في فروع تتعلق بهذه المسألة، فقد ذكرنا فيه ما يشفي إن شاء الله تعالى.

(ص):

(وما على الجزاف والتكسير يباع مفسوخ لدى الجمهور)

قوله: (والضابط إلخ) هذه أمور صعب لا يكفي فيها ما ذكره هذا الشارح، وقد مدح القباب ابن رشد على تحصيله فيها، ونص ابن رشد في المقدمات، والقول فيما يجوز من جمع الجزاف والكيل في صفقة واحدة أن تعلم أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً ويجوز بيعه جزافاً كالحيوب، وإن منها ما الأصل فيه أن يباع جزافاً، ويجوز بيعه كيلاً كالأرضين والثياب وإن

مكيل أرض، أو جزاف حبٌ مع مكيل حبٌ امتنع لمجيء مكيل الأرض في الأولى، وجزاف الحب في الثانية على خلاف الأصل، وإلى هذه الصور الأربع أشار الشيخ خليل بقوله عاطفاً على ما لا يجوز وجزاف حبٌ مع مكيل منه، أو أرض، وجزاف أرض مع مكيل لا مع حب. قال الشيخ ابن غاري: في شفاء العليل بعد تقدير كلام الشيخ خليل، وقد ظهر لك أن كلام المصنف اشتمل على أربعة أقسام: ثلاثة ممنوعة، وواحد جائز، وأصل هذا كله لابن رشد في كتاب الغرر من المقدمات وفي سماع ابن القاسم وسماع أصبغ من جامع البيوع. تنبيه: من البين أن الموزون، والمزروع في هذا الباب في معنى الكيل، وقد تنازل لذلك الشيخ أبو العباس القباب في شرح قول ابن جماعة: لا يجوز أن يشتري الرجل قربة لبن على أن يزن ردها، وإنما يشتري ذلك كله من غير وزن. ١ هـ. كلام ابن غاري.

تنبيهان: الأول: قال المواق: وانظر مسألة تعم بها البلوى وهي أن المرء يشتري من العطار وزناً معلوماً من شيء ويفضل له درهم فيقول له: أعطني به أوزاراً، والأبزار بالدرهم يكون جزافاً فهذا جائز إذا لم يدخل على ذلك في أصل العقدة ١ هـ. الثاني: إن جعلنا ما من قول الناظم: وما على الجزاف واقعةً على كل مبيع أصلاً كان، أو غيره فيقيّد المنع بما إذا خرج المبيعان معاً، أو أحدهما عن أصله، أمّا إن جاء كل منهما على أصله فالجواز كما تقدم، وإن جعلناها واقعةً على الأصول فقط وهو ظاهر السياق فلا يحتاج إلى تقييد؛ لأن بيع الأصول بعضه جزافاً وبعضه مكيلاً ممنوعٌ مطلقاً لخروج المكيل عن أصله، والله أعلم.

منها عروضاً لا يجوز بيعها كيلاً ولا وزناً كالعبيد والحيوان، فالجزاف ممّا أصله أن يباع كيلاً كالجبوب لا يجوز بيعه مع الكيل منه ولا مع المكيل ممّا أصله أن يباع جزافاً كالأرضين والنياب باتفاق، والجزاف ممّا أصله أن يباع جزافاً لا يجوز أن يباع مع المكيل منه باتفاق أيضاً، واختلف في بيعه مع المكيل ممّا أصله أن يباع كيلاً على قولين: أحدهما: أن ذلك جائز وإليه ذهب ابن ررب وإقامه من المدونة من إجارته في السلم الأولى أن يسلم في ثياب وطعام صفقة واحدة. والثاني: أن ذلك لا يجوز وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه وحكاية المازري عن كتاب محمد، قال ابن رشد: ولا اختلاف في جواز بيع المكيلين في صفقة واحدة والجزائين في صفقة واحدة أيضاً على كل حال، ولا في جواز بيع الجزاف من العروض إلا عند ابن حبيب فإنه ذهب إلى أن الجزاف ممّا أصله أن يباع كيلاً لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد، وأما بيع الجزاف على الكيل فلا ينضاف إليه شيء في البيع بحال على الصحيح من الأقوال وهو مذهب ابن القاسم، وأما بيع الجزائين على الكيل فإن كانا على صفة واحدة ومكيل واحد جاز باتفاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر جاز على اختلاف بين ابن القاسم وأشهب اهـ. بلطف القباب حرماً بحرف من غير زيادة ولا نقص، وكلام المختصر سائر معه بسيره بلا اختلاف بينهما، وقرنا به كلام المختصر في الشرح، ونزلنا عليه تنزيلاً حسناً بحيث صار مستوفياً لمانظرة إن شئت، والجزاف بيعه رخصة فلا يضاف إليه غيره وذكرنا عللاً في الشرح، وحاصل ما ذكره ابن رشد أنه إذا اجتمع

وأبر من رزح أو من شجر لبائع إلا بشرط المشتري
ولا يسوغ باشتراط بعضه وإن جرى فلا غنى عن نقضه
وغير ما أبر للمبتاع بنفس عقده بلا نزاع
ولا يجوز شرطه للبائع والبيع مفسوخ به في الواقع
وفي الثمار عقدها الإبر والزرع أن تتركه الأبصار
كذا قلب الأرض للمبتاع دون اشتراطه في الاتباع

الأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام «من باع نخلاً قد آبرت فثمرها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع»^(٩٦) فمن باع شجراً فيها ثمار، أو أرضاً فيها رزح، ولم ينص على

مجهول ومعلوم فإن جاء كل واحد على أصله فالجواز، وإن خرجا معاً عن أصلهما أو أحدهما فالمنع، والمجهولان يجوزان مطلقاً، وكذا المعلومان بلا تقييد في جميع ما ذكر وبه تعلم صحة ما قاله ابن رزب كما صححه غير واحد، والجزاف مع العرض جائز ولكن إنما في صورته مجهول واحد وهو الجزاف فليس داخلياً في الضابط المذكور على المكمل فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل فهو خارج أيضاً، وقد قلنا في ضبط هذا ما نصّه:

والجمع للجزاف مع ضد حظر وقد بدا الخروج عن أصل شهر

وضد الجزاف هو المعلوم بزرع أو كيل أو وزن مع المعلوم أن جمع الجزاف للجزاف، وفهم من قولنا: والجمع للجزاف والمعلوم للمعلوم فيه الجواز وهو كذلك، وانظر تمثيل هذا الشارح كان يشتري مائة فراع منها بكذا وباقيها بكذا إلخ.

(ص): وأبر من رزح أو من شجر إلى آخر الأبيات الستة. هذا قال فيه الشيخ خ ما نصّه: تناول البناء والشجر والأرض وتناولتهما والبذر لا الزرع ومدفوناً كلو جهل ولا الشجر المؤبر أو أكثره إلا بشرط كالمنعقد ومال العبد وخلفه الفصيل، وإن أبر النصف للملك حكمه إلخ. فقوله: والبذر لا الزرع نص في أن الزرع لا تتناوله، والزرع هو الذي ظهر نباته ونباته هو تأبيره على المشهور وما به العمل وقوله: ولا الثمر المؤبر إلخ حاصله أن الثمر المؤبر لا يدخل في العقد إلا بشرط أنه للمشتري والجل كالكل، ومسألة النصف هي قوله: وإن أبر النصف فلكل حكمه. وفهم

(٩٦) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣)، وأبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٤٤)، والنسائي (٤٦٤٩)، وابن ماجه (٢٢١٠)، وأحمد في المسند (٩/٢)، والبيهقي في مسنده (٦١٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٢٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٤/٥)، والبيهقي في شرح السنة (٢٠٨٥، ٢٠٨٦) كلهم من حديث ابن عمر وفي الباب عن جابر: أخرجه أبو داود (٣٤٣٥)، وأحمد في المسند (٣٠١/٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٢٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٦/٥).

الثمار ولا على الزرع فما كان من ذلك مأبوراً فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع كله. ولا يجوز للمشتري اشتراط بعض ما أبر وترك ما سواه وإن وقع ذلك فالحكم فيه أن ينقض، وعلى ذلك نية باليتين الأوكين. قال المتطي: ولا يجوز عند مالك أن يشترط المبتاع نصف الزرع، أو نصف الثمرة إذا كان الجميع للبائع، فإن فعل فسدت الصفقة، وفسخ البيع. قال المتطي: ووجه ذلك أنه في اشتراط بعضه قاصد لا ابتياع الزرع قبل بدو صلاحه ولا يكون ذلك في الجميع. اهـ. وما لم يؤثر منها فإنه للمبتاع بنفس العقد حسبما أحكمته السنة؛ لأنه لما قال في الحديث: «إنها تكون للبائع إذا أبرت» ذلك دل على أنها تكون للمبتاع إذا لم تؤثر، ولا يجوز للبائع أن يشترطها لنفسه، فإن وقع فالحكم فيه أن يفسخ البيع، كما لا يجوز له أن يستني جتين الأمة الحامل في البيع عند مالك وجميع أصحابه، وعلى هذا نية بقوله وغير ما أبر للمبتاع البيتين قال في الوثائق المجموعة: والثمره غير المؤثرة داخله في ملك المبتاع بوقوع البيع على الأصل، ويدخل في ذلك عند استثناء البائع لها قبل الإبر بيع الثمر قبل بدو صلاحه. قال الشارح: وإنما يدخل في هذه المسألة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها على أحد القولين في كون المستنى مشتري، وهو أشكلهما لا على القول الثاني من كونه مبقى وهو الأظهر.

فرع: قال في العتبية قال مالك: من باع نخلاً قد أبر بعضها، ولم يؤثر الآخر فإنه ينظر إلى الذي هو أكثر ويجعل القليل تابعاً له، إن كان أكثرها فالثمر للبائع، وإن كان الذي لم يؤثر أكثرها فالثمر للمبتاع. قال مالك: كل ثمرة لم تؤثر فهي كذلك، وحد الإبرار في الثمار: عقدتها، وفي الزرع: إدراك الأبصار إياه، وعلى ذلك نية بقوله: وفي الثمار عقدتها الإبرار البيت المتطي شرح الإبرار هو في النخل: تذكيره بعد تلقيحه، وفي سائر الشجر العقد، وثبوت ما يثبت منه بعد سقوط ما يسقط، ونبات الزرع هو كإبر النخل في الحكم، هذا هو المشهور في المنهوب وبه القضاء. وقال ابن هشام في مفيده: وإبر الزرع هو: خروجه من الأرض، وإبر النخل: التذكير، وإبر العنب والتمر: العقد قوله كذا قلب الأرض للمبتاع لما ذكر أن الثمار غير المأبورة يتناولها عقد البيع استطرد قلب الأرض وذكر أن عقد البيع يتناوله أيضاً. قال الشارح في طرز ابن عات: وإن كان في المبيع أرض مقبولة فالقلب للمبتاع، وإن لم يشترطه المبتاع قاله حديد وغيره وبه الفتوى صح من وثائق ابن مغيث قال الشارح ألم الشيخ رحمه الله تعالى في هذه الآيات بما يتناول مسمى الشيء

من قوله: ولا الثمر المؤبر مع قوله كالمنعقد أن الانعقاد في غير ثمر النخل هو التأبير، وأن التأبير في النخل هو تعليق طلق الذكر على الأنثى لثلا يسقط ثمرها هو اللقاح قاله في الإكمال، وكان ما يحد بالانعقاد لا يقال فيه مؤبر بخلاف ثمر النخل ولذلك قال فيه: ولا الثمر المؤبر، ثم شبه المنعقد به فافهم، وإذا فهمت هذا فافظه قول الشارح: تنبيه جميع ما اشتملت عليه الآيات الست هو من زيادة هذا النظم على المختصر ما عدا كون المأبورة للبائع وغير المأبورة للمشتري.

المبيع، وما يندرج في مسمّاه، ولا يخلو من ثلاثة أقسام: الأول: أن يكون ذلك الشيء مندرجاً في المبيع اندراجاً حسيّاً، أو معنوياً بحيث يتعدّى انفصاله منه، أو يسعد كالزّرع غير المأبور مع الأرض وقلبيها، وكالشجر معاً والشمار غير المأبورة مع الشجر. ثم قال فهذا القسم ممّا يدخل بنفس البيع فيكون للمبتاع من غير شرط، انتهى محلّ الحاجة منه فانظر كيف جعل القلب ممّا يتناوله عقد البيع، والمسائل التي ينظر فيها هل يتناولها عقد البيع، أو لا؟ هي ما يمكن انفكاكه وانفصاله عن البيع؛ إمّا في الحال، كالسلم المسمّى، أو في المالك كالزّرع، والشمار غير المأبورين فإنهما بعد الإبرار يريد البائع أن يكون له، وأنّ عقد البيع لا يتناولهما معاً، ويريد المشتري أخذهما لنفسه لدخولهما في مسمّى البيع فيحتاج إلى بيان ما يتناوله عقد البيع وما لا. أمّا قلب الأرض إن عنوا به حرثها كما هو ظاهر كلامهم فهو للمشتري على كلّ حال؛ لأنّه ممّا لا يمكن انفصاله حالاً ومالاً، حتّى يمكن أن يدعى البائع أنّه لم يتناوله البيع فيقي وإنّما هو بمثابة من بنى في داره، أو صلح فيها، ثمّ باعها أقبّل منه أنّ ذلك الإصلاح باق على ملكه لم يتناوله البيع على أنّ البناء يمكن قلعه وأخذ أنقاضه ولا كذلك القلب؟ هذا ممّا أشكل عليّ ولم أفهم عدّه من الأمور التي يمكن أن يتناولها عقد البيع، وأن لا ألهم إلا أن يريدوا بالقلب البئر، فلا شك أنّ من اشترى أرضاً وفيها بئر فإنّه يمكن للبائع أن يقول لم يتناولها عقد البيع فأخبر أنّها للمشتري، وأنّ عقد البيع يتناولها كتناول الأرض للأشجار وهذا ظاهرٌ وربما رشّحه التعبير بالقلب دون القلب والله أعلم. تنبيهٌ: جميع ما اشتملت عليه الآيات الستة هو من زيادة هذا التّظلم على المختصر ما عدا كون الثّمار المأبورة للبائع، وغير المأبورة للمشتري.

والماء إن كان يزيد ويقل فبيعه لجهله ليس يحل

قال الشّارح: إن كان الماء يزيد أحياناً وينقص أحياناً بحيث لا يأخذه الضبط فلا يحلّ بيعه للجهل به ففي المتبيّنة، وإن كان هذا الشّرب يقلّ ماؤه مرةً ويكثر أخرى ولا يوقف على الحقيقة منه لم يجز بيعه؛ لأنّه مجهولٌ، وبيع للمجهول غررٌ، ولا يجوز. قال وأخذ هذا القول على إطلاقه ممّا يشكّل معه بيع شروب مواضع سمّاها قال؛ لأنّها تقلّ في السنين الجلبة، وتكثر في السنين المطرة، (والظّاهر) جواز المعاوضة فيها لارتباطها بما أجرى الله من

(هـ):

(الماء إن كان يزيد ويقل فبيعه لجهله ليس يحل)

قوله: **(والظّاهر الخ)** هذا الظاهر متعين فإن المياه تزيد وتنقص بكثرة الأمطار وقلتها بالمشاهدة في غالب المياه أو في كلها، والضرورات تبیح المحظورات، والناس مضطرون لشراء الاشراب غاية، وقد بيّنا هذه القاعدة وأيدناها بكلام الناس غاية عند قول المختصر في الزراعة أو

العادة فيها، فالمتعاقدان يعلمان ذلك ويدخلان عليه فهو (كالغرة) المختصر في بيع الأصول، وقد لا تكون لها غلة في بعض السنين والأولى حمل البيت وما استظهر به عليه من النقل على ما جهل المتعاقدان معاقبته وكثرته، وتكون من التلويح بحيث لا يأخذها الضبط، ثم استطرد الكلام على جواز بيع الماء لمن يملكه قال: (وأما من يملك منفعة فقط) فلا يجوز له بيعه، بل يسقي به، فإن استغنى عنه تركه لغيره، وهذه المسألة مما يندرج في قول المختصر: وجعل يمشون، والله أعلم.

وشرط إبقاء المبيع في الثمن رهنا سوى الأصول بالمنع اقترن وقيل بالجواز مهما اتفقا في وضعه عند أمين مطلقا

يعني أنه يمنع أن يشترط البائع على المشتري أن يبقى المبيع تحت يد البائع، أو تحت يد أمين رهنا في الثمن إلا في الأصول، فإن ذلك جائز فيها، وإلى هذا أشار بالبيت الأول وقيل إنما يمنع ذلك إذا كان على أن يبقى ذلك المبيع تحت يد البائع، وأما إن وضعه تحت يد أمين فإن ذلك جائز مطلقا، أي في الأصول وغيرها، وإلى هذا أشار بالبيت الثاني على أنه لا يحتاج إلى هذا الإطلاق؛ لأن الكلام في غير الأصول وقد تلخص من البيتين أن اشتراط بقاء المبيع تحت يد بائعه رهنا في الثمن، إن كان في الأصول فهو جائز. وإن كان في غيرها فقولان: المنع وظاهره الإطلاق كان تحت يد البائع، أو الأمين، والجواز عند أمين، وظاهر القول الآتي أن القول بالمنع محله إذا بقي المبيع تحت يد بائعه، وأما إن

لأحدهما الجميع إلا العمل وكان هذا من باب ما تساوى فيه علم البائع والمشتري وقد أجازوا الصلح على ما جهله المتصالحان مع أن الصلح بيع، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصلح، وهذا قريب من مسألة قول المتن: وما لا يطلع عليه إلا بتغير، وقد ذكرنا أن ما لا يقدر على رفعه من الغرر لا يفسد به العقد عند قول المختصر أو بآلف وإن كانت له روجة فالفان، إلى آخر تلك المسائل في كتاب الصلح، ولا سبيل لمعرفة نقص المياه أو زيادتها. وقوله: (فهو كالغرة إلخ) فيه نظر لأن المشتري هو الأصول نفسها، وإن كان المقصود منها هو ثمرها، ولا كذلك الماء نفسه هو المشتري والنقص والزيادة فيه نفسه فافهم فإن ابن عرفة كثيرا ما يفرق بهذا. وقوله: (وأما من يملك منفعة فقط) انظره عند قول المتن في الموات: والذي مأجل وبشر إلخ. وقال ابن يونس ما نصه: وقد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض بقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية. ولا يجوز في البيع مثل هذا، وهبة الثواب مقيسة على القراض، نعم الجهل يتغير في البيع حيث يتعلم العلم أو يعسر إلخ. وهذا منه بلفظه من ديوانه، وهذا دليل واضح لما نرومه، إذ معرفة ما نحن فيه متعللة بالإنصاف لا بالاعتساف.

(ص): وشرط إبقاء المبيع في الثمن إلى آخر البيتين. حاصل ما في هذا أن شرط بقاء الأصول جائز مطلقا كان البقاء بيد البائع أو الأمين، وأما غير الأصول فيجوز شرط بقائها عند

وضعه عند أمين فليس إلا الجواز، فليس إذن إلا قول واحد بالتفصيل: الجواز إن وضع بيد أمين، والمنع إن وضع عند البائع قال ابن حارث: في أصول الفتيا وإذا اشترت شيئاً من الأشياء بثمن إلى أجل لم يجوز أن يشترط البائع حبسه إلى أجل إلا أن يكون عملاً يجوز أن يشترط على ألا يقبض إلا إلى ذلك الأجل، مثل الدار والأرض يشترط البائع سكنها إلى أجل، فذلك جائز؛ لأنها مأمونة. وإن اشترط البائع أن يكون على يد عدل جاز ذلك وفي ابن سلمون، وكذلك لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن تبقى الدابة بيده رهناً في الثمن إلى أجله، وكذلك سائر الحيوان والعروض، والبيع على ذلك مفسوخ، وروى ذلك ابن وهب عن مالك في الحيوان وقال ابن القاسم في العروض. قال ابن رشد: وذلك جائز في الأصول كلها؛ لأنه يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجل، فإن وضعت هذه الأشياء التي لا يجوز ارتهاؤها عند بائعها على يدي عدل كان ذلك جائزاً اهـ. عن نقل الشارح، (وانظر) ما ذكر هنا مع ما تقدم في آخر الكلام على الشروط في البيع من جواز مثل هذا.

وجائز في الدار أن يستثنى سكنى بها كسنة أو أدنى

يعني أنه يجوز لبائع الدار أن يستثنى سكنها سنة فما دونها قال في المقرب: قال: مالك ومن اشترى داراً على أن للبائع سكنها الأشهر والسنة، فلا بأس بذلك قال ابن القاسم وكره ما تباعد من ذلك، (وفي التيطية): ولا يجوز أكثر من العام لما يخاف من تغيرها فيدخل الغرر على المبتاع إذ لا يدري حالها عند رجوعها إليه هذا قول ابن القاسم وروايته اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل عاطفاً على الحائزات: وبيع دار لتقبض بعد عام، وفي المواق وفي تحديد المدة بسنة، أو لا سنة أقوال. فرع: يجوز استثناء السنة فما دون،

أمين فقط. قوله: (وانظر إلخ) الذي تقدم ما يدل عليه من كلام النازم في الشروط جواز الرهن والاجل فقط، وأما ما هنا ففيه زيادة على ما ذكر، وما نظمه النازم من المنع في بقاء غير الأصول بيد البائع فإن ذلك مقيد بأن تتغير السلعة لئلا ذلك الاجل، وإلا فلا منع إذ لا غرر في ذلك كما قاله الباجي، ولا إشكال إن كان في حبسها منفعة له كبس الثوب في هذه المدة القليلة، انظر المسألة عند قول المتن: إلا للجبوسة للثمن في كتاب الخيار. وعند قوله: وبيعها واستثناء ركوبها إلخ في كتاب الإجارة. وعند قوله: وقبضه على المشتري في بيع الغالب.

(ص):

(وجائز في الدار أن يستثنى سكنى بها كسنة أو أدنى)

قوله: (وفي التيطية إلخ) ظاهر كلام الناس أنه لا يجوز أكثر من سنة، ولذلك قال في المختصر صدر الإجارة وبيع دار ليقبض بعد عام أو أرض لعشر، وما ذكره في الدار هو نص المدونة، وما ذكره في الأرض هو قول ابن القاسم: لكل في التوضيح بعد كلام ما محصله هذا خلاف في حال فإن كانت تلك الذات لا تتغير في تلك المدة جاز استثناء منفعتها فيها وإلا فلا

ولو كان الثمن مؤجلاً نقله المواق عن سماع يحيى بن القاسم، أي؛ لأن المبيع معين لا تحمله الذمة، فليس فيه تعميم الذمتين.

ومشتري الأصل شراؤه الثمر قبل الصلاح جائز فيما اشتهر
والزرع في ذلك مثل الشجر ولا رجوع إن تصب للمشتري

تقدم في قوله: وأبر من زرع أو من شجر لبائع أن من اشترى أشجاراً فيها ثمار مابورة، أو اشترى أرضاً فيها زرع قد نبت فإن الثمرة والزرع للبائع، وذكر هنا أنه يجوز لمشتري الشجر والأرض أن يشتري تلك الثمار، وذلك الزرع وإن لم يبد صلاحهما، سواء اشترى الشجر أو الثمر، أو الأرض والزرع في صفقة واحدة أو في صفقتين الأشجار، ثم الثمار والصورة الثانية: هي ظاهر قصد الناظم، والأولى أولى بالجواز قال في الوثائق المجموعة: لا بأس أن يشتري الرجل الأرض في صفقة، ثم يشتري الزرع بعد ذلك في صفقة أخرى وفي طر ابن عات: وحكم شراء الزرع بعد الأرض حكم شراء الثمرة بعد الأصل تدخل فيه الأقوال الثلاثة ذكره ابن رشد هـ. من الشارح والأقوال الثلاثة الجواز والمنع والجواز إذا كان الشراء بحدثنان العقد وفي التوضيح، وحد القرب في ذلك عشرون يوماً هـ. واقتصر الناظم على الجواز مطلقاً بعد الشراء من العقد أو قرب؛ لأنه المشهور، وفهم من قوله: فيما اشتهر أن ثم مقابلاً للمشهور، وهو كذلك، كما تقدم، وأشار بقوله: ولا رجوع إن تصب للمشتري لقول المتطي (فإن أجيحت) الثمرة المشتربة في أصل البيع،

الخ. وهو مأخوذ من المدونة، وظاهر المتن في المسائلين ولو مع النقد أي شرطه وهو كذلك، ولكن انظر الشرح وفي معين الحكام في الدار العام ونحوه، وإنما ذكر خليل هذا في الإجارة بناء على أن المستثنى مشتري وبه يسقط اعتراض الشراح عليه، وقد أشار أبو الحسن في شرح المدونة لهذا مجيباً عن ذكر المدونة مثل هذا في كتاب الإجارة.

(ص): ومشتري الأصل شراؤه الثمر. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر: وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه. إن لم يستر وقبله مع أصله أو ألحق به أو على قطعه إن نفع واضطر ولم يتمالأ عليه لا على التبعية والإطلاق. فقله: وقبله أي قبل بدو الصلاح. وقوله: مع أصله أي اشترى الأصل وثمره الذي لم يبد صلاحه. وقوله: أو ألحق به مثل أن يشتري الأصل وفيه ثمر مؤبر لم يشترطه وبقي للبائع ثم اشترى الثمر بعد ذلك قبل أن يبدو صلاحه، وظاهره قرب الشراء للثمر من شراء الأصول أولاً وهو كذلك وهو المشهور وبه القضاء، ووجه هذا أن اللاحق للعقد يقدر أنه وقع فيه ولذلك قال في المفيد: كل ما يجوز للإنسان أن يعقد عليه يبيعه ويضمنه معه في عقد البيع يجوز له أن يبيعه بعد ذلك، هكذا فسّر لي أصبغ هـ. ومسألة الزرع هي بينة من هذا الشارح ومن ابن الناظم. وقوله: (فإن أجيحت) (١٩٧) الخ هذا هو قول المختصر في فصل

(٩٧) أجيحت: أي أصابها جائحة وهي الإجراب والهلاك.

أو الملحق بذلك قبل بدو الصّلاح، أو بعده، فلا قيام للمبتاع بها كانت الجائحة أقلّ من ثلثها، أو أتت على جميعها اهـ. وتصب معناه نجاح وللمشتري: خبر لا ونائب تصب يعود على الثمرة، وفي معناها الزرع وجواب الشرط محذوف؛ لدلالة ما تقدم عليه.

وبيع ملك غاب جاز بالصفة أو رؤية تقدّمت أو معرفة وجاز شرط النقد في المشهور ومشتري يضمن للجمهور

الملك بضمّ الميم وكسرهما الشّيء المملوك، إلا أنّه لا يستعمل بالضمّ إلا في مواضع الكثرة وسعة السلطان، يقال: لفلان ملكٌ عظيم، أي مملوكٌ كثيرٌ قاله أبو البقاء في المغرب، ويقرأ في البيت بالكسر والمراد به الأصل كالدار وغيرها. وغية المبيع، إمّا أن تكون عن مجلس العقد، وهو حاضر بالبلد، وإمّا أن يكون غائبًا عن البلد، وهذا إمّا أن تكون غيبته

الجائحة عاطفًا على ما فيه الجائحة ما نصّه: وأردت أو ألحق أصلها لا عكسه.

(ص): وبيع ملك غاب جاز بالصفة. إلى آخر البيتين. بيع الغائب فيه كلام طويل وتقسيمات وتقييدات، وما ذكر هنا لا يفي بذلك، وقد استوفيناها في الشرح والحمد لله وقد قلنا فيما لحصناه من ذلك ما نصّه:

وبيع غائب على خيار	برؤية أجز على المختار
بلا تقييد ولكن مطلقا	يفسده النقد على ما حقا
كبيعه بنظر قد سبقا	ولو بحضرة ونقد مطلقا
ويبعه بوصفه وقد لزم	بيانه وشرطه فيما علم
ومشتري يضمن ريعا وصفا	في دفتر غلا على من ألفا
بلا تقييد وغير ما ذكر	ضمانه من بائع فيما شهر
في كل حالة وشرطه لزم	في ريعنا وغيره فيما علم
جميع ذا في غير قسم قدما	وغير ذي توقية فلتعلما
والنقد في الأخير بالتطوع	فمطلقا يجوز فانهم واسمع
كشرطه في ريعنا وقد وصف	من غير بائع ما قد عرف
والعرض إن قرب كالعقار	في شرطنا النقد هناك الباري
وشرط نقد لا يجوز مطلقا	في مشتري. بنحو كيل علما

بعيدة، أو قرية، أو متوسطة فغائب للمجلس حاضر البلد فيه قولان مذهب المدونة: جواز بيعه على الصفة ذكر ذلك فيها في خمسة مواضع ومذهب مالك في كتاب ابن الوار عدم جوازه؛ لأنه عدول عن المعايينة إلى خبر لغيز ضرورة وقصر بعضهم الأول فقال: إن الضرورة قد تدعو إلى مبادرة العقد خوف أن يسد للآخر شيء والغائب البعيد جدًا، كإفريقية من خراسان لا يجوز بيعه. ويجوز بيع القريب على المشهور، كالذي على مسافة يوم خلًا لرواية ابن شعبان، ويجوز بيع المتوسط اتفاقًا هـ. من شرح القلشاني على الرسالة ومعنى البيتين أنه يجوز بيع الأصل الغائب على الصفة، أو برؤية مقدمة، أو معرفة، ويجوز فيه اشتراط التقد على المشهور وضمائه من المشتري بنفس العقد.

تنبيه: علم مما تقدم أن قول الناظم غاب شامل للغائب عن مجلس العقد وللغائب بغير البلد غيبة قرية، أو متوسطة، وفهم من قوله بالصفة أنه إنما يجوز بيع الغائب إذا ضبط بالصفة الحاضرة، ويوصف بما تختلف الأغراض به؛ لأنه المعتبر في السلم المقيس هذا عليه قاله الباجي، ولا فرق بين أن يصفه بانه، أو غيره المواق عن ابن راشد وقول ابن المطار قيل: إن بيع الغائب لا يجوز بصفة البائع غير صحيح إنما يجوز التقد فيه بصفة البائع ربما كان، أو غيره هـ. وإنما يفتر للصفة إذا كان البيع على البت، ويجوز بيع الغائب دون تقدم رؤية، ولا ذكر صفة إذا كان على خيار المشتري عند رؤيته هذا مذهب المدونة، وقد تلخص من هذا أن بيع الغائب إن كان على البت واللزوم، فلا بد من الوصف، أو تقدم معرفة، أو رؤية، وعلى هذين الوجهين تكلم الناظم. وإن كان على خيار المشتري بعد الرؤية، فلا يشترط وصف ولا رؤية، فهو على ثلاثة أوجه، وهكنا في المدونة انظر القلشاني، وقد أصلح بعضهم قول الشيخ خليل وغائب ولو بلا وصف... إلخ بقوله: وغائب على خيار رؤية، ولو بلا وصف ورؤية كملى اللزوم برؤية لا يتغير بعدها غالبًا، أو وصف، ولو من بانه، ولم يسعد كخراسان من إفريقية ولم تمكن رؤيته بلا مشقة، ولو على يوم، وعطف المعرفة على الرؤية في البيت من عطف عام على خاص. وكأنه عني بالرؤية مرة، أو مرتين مثلاً وبالمعرفة ما هو أكثر من ذلك، وإنما جاز اشتراط التقد في بيع العقار الغائب على المشهور لغلبة السلامة ابن الحاجب: والتقد في الغائب بغير شرط جائز، فإن شرط في العقار وشبهه جاز، وإن بعد خلًا لأشبه التوضيح: ونقل الباجي عن أشهب منع اشتراط التقد مع البعد، وإنما يجوز اشتراط التقد على المذهب إذا لم يشترها على صفة صاحبها، كذا روى أشهب عن مالك، ثم قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع

وحاصل ما نظمناه أن القسم الأول يجوز بالشرط إلا أن التقد يفسه ولو بلا شرط ولا ضمان على المشتري فيه مطلقًا، وهذا القسم هو الشراء على أنه فيه بالخيار بعد رؤيته، والقسم الثاني وهو ما تقدمت رؤيته واشترى عليها مع القسم الثالث وهو الشراء على الوصف باللزوم عكس القسم الأول إذ هو لا وصف فيه ولا لزوم، والضمان فيهما من المشتري بشرط أن لا يكون

العقار جزأً، وأما إذا بيع مزارعةً، فلا يصحّ التّقدّ فيه، وضمانه من بائعه ا هـ. فمقابل المشهور في اشتراط التّقدّ هو لأشهب في البعيد، وأما كون ضمان العقار من المشتري، فقال في التّوضيح: الذي حكاه النّاس أنّ مالكاً إنّما قال: أولاً الضّمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، ثمّ رجع إلى العكس أنّه من البائع إلا أن يشترطه من المشتري، وهو الذي في المدوّنة، ثمّ هل القولان في الرّباع، أو الرّباع من المشتري اتّفاقاً لطريقان ا هـ. وفي المواق عن المدوّنة لم يختلف قول مالك في الرّبع والنّور والأرضين والعقار أنّ ضمانها من البائع من يوم العقد، وإنّ بعدت ا هـ.

والأجنبيّ جازئ منه الشّرا ملتزم العهدة فيما يشتري

من اشترى شيئاً، فوجد به عيباً، أو استحقّ من يده، فإنّه يرجع على الذي باع له، سواء كان ذلك البائع هو المالك للشيء المبيع، ولا إشكال، أو كان نائباً ووكيلاً عن مالكه، وإنّما تكون عهده على الوكيل إذا لم يعلم بذلك المشتري، فإن علم المشتري بعد الشراء أنّ متولّي البيع نائب عن غيره فإنّه يخير بين إمضاء البيع. وتكون عهده على المالك ورده؛ لأنّ من حجّته أن يقول إنّما رضيت أن تكون عهدي عليك يا متولّي البيع للمالك ولا

في المبيع حقّ توفية من ذرع أو غيره، ولا فرق بين أن يكون قريباً أو لا تقدّ فيه أو لا، وغير العقار ضمانه من بائعه مطلقاً كان فيه حقّ توفية أو لا، وصفة غير بائعه أو لا، وقع فيه نقد بشرط أو غيره أو لم يقع فيه نقد، والتقدّ من غير شرط في هذين القسمين جائز مطلقاً، وبشرط يجوز في العقار، وتابعه بشرط أن يصفه غير بائعه، وأن لا يكون فيه حقّ توفية في غير العقار وتباعه إن قرب ولا توفية فيه ووصفه غير بائعه فالتقدّ فيه بشرط جائز أيضاً. وقولنا: وبشرط إلخ أشار به إلى أن الضمان من اشتراط عليه اشتراطه المشتري على البائع في العقار أو البائع في غيره على المشتري، هذا كلام من اطلعتنا عليه من فحول الذهب ضمانه في هذه الآيات بعد تعب كثير واجتهاد غير يسير. وقولنا فيما علم إشارة لقوله في المختصر: أو على يوم إلخ لأن صاحب المختصر ذكر القسم الأول بقوله: وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية، وأشار للثاني بقوله: ورؤية لا يتغير بعدها، وأشار للثالث وهو البيع على اللزوم بالصفة بقوله: أو على يوم إلخ آخر كلام للمختصر في بيع الغائب، وكان قوله: أو على يوم أي والبيع على اللزوم بدليل قوله قبيله على خياره بالرؤية، والشروط المذكورة في المختصر هي في البيع على اللزوم، ولكن يبيّن بعضها في التّظلم زيادة في البيان، ولكن لا بدّ لا بدّ من الوقوف على الشرح فيه كلام كثير مفيد غاية إن شاء الله تعالى، وكلام هذا الشارح هنا حسن، ولكن ما خالف ما نظمناه فلا تبعه فيه والله المعين.

(ص):

(والأجنبيّ جاسئز منه الشّرا ملتزم العهدة فيما يشتري)

أرضى أن تكون على المنوب عنه لعسره وقلة ذات يده ومحلّ هذا التّخيير إذا لم يرض هذا الوكيل بكون العهدة عليه فإن التزم كونها عليه فلا حجة للمشتري؛ لأنّه على ذلك دخل، وهذا مقصود النّأظم والله أعلم. فالمراد بالأجنبيّ في البيت وكيل المالك للشيء المبيع النّائب هو عنه فهو بائعٌ وسماه أجنبيّاً لكونه غير مالك للشيء المبيع، يعني أنّه يجوز للإنسان أن يشتري الشيء من النّائب عن مالك ذلك الشيء وعنه عبّر بالأجنبي، يعني وتكون عهدة العيب والاستحقاق على ذلك الأجنبيّ إذا لم يعلم المشتري بكونه وكيلًا واعتقد أنّه المالك للشيء المبيع، فإن علم المشتري بذلك بعد انعقاد البيع فله الخيار في ردّ البيع ولا إشكال في إفضائه وتكون العهدة على المالك لا على الأجنبي. (ومحلّ هذا التّخيير) إذا لم يلتزم الوكيل العهدة فإن التزمها فيلزم البيع ولا كلام للمشتري لأنّه على ذلك دخل كما تقدّم، وهذا مراد النّأظم والله أعلم فالأجنبيّ في البيت مبتدأً وجائزٌ خبره ولو قال لارمّ لكان أبين والشرا فاعلٌ لجائز ومئة يتعلّق بالشراء وضميره للأجنبيّ وملتزم حال من الضمير المجرور بمن. قال في التّوضيح: آخر الكلام على الردّ بالعيب في شرح قول ابن الحاجب، وإذا صرح الوكيل، أو علم فالعهدة على الموكل ما نصّه: فرع، فلو علم المتابع بعد البيع أنّ المبيع لغير المتولّي فخيرته مالك، في الردّ، أو التماسك على أنّ عهده على الأمر إلا أن يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه، فلا حجة للمشتري ابن الموّاز: وكذلك إذا ثبت أنّه لغيره اهـ. وإتّما قيد ابن الموّاز المسألة بثبوت كون المبيع لغير البائع لكونه إذا لم يثبت ذلك، يتهم البائع أن يكون هو المالك للمبيع لكن حصل له ندم، فنأدعي أنّ الشيء لغيره لعلّ المشتري لا يرضى، ويفسخ البيع ووجد الشّارح في معنى البيت وجهين بسبب احتمال لفظ الشراء لمعناه المتبادر عرفاً، ولكونه بمعنى باع على حدّ «وشروه بشمن بخص» [يوسف: ٢٠]، أي باعوه والأجنبيّ مشتري على الاحتمالين عنده لا بائع، كما قرّرنا، والمعنى على ما قال أنّه يجوز للإنسان أن ينوب عن غيره في الشراء، ويلتزم له عهدة العيب والاستحقاق، وإنّه إن حصل أحدهما غرم للمشتري الثمن، ولم يدعم ذلك بنقل فتطلب نصّه والله أعلم.

قوله: (ومحلّ هذا التّخيير إلخ) قال في المختصر في كتاب الوكالات: وطولب بشمن ما لم يصحّ بالبراءة كعنتي فلان لتبعية لا لاشتري منك وبالعهدة ما لم يعلم. فقوله: وبالعهدة ما لم يعلم أي ما لم يعلم المشتري أن البائع وكيل كان علمه من قول الوكيل أو علم ذلك من غيره، والعلم تحقيقاً أو مظنة كما في النّخاس لأنه يعلمه مظنة وهذا في غير المفوض إليه، وأما هو فهو بمنزلة الموكل بالكسر عليه العهدة، انظر دليله في الشرح والبايعين على غيرهم هنا ففي ذلك الشفاء إن شاء الله تعالى، وانظره في معنى العهدة هنا وفي تفصيل ضمان الأوصياء العهدة ومن شابههم.

فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع

بيع العروض بالعروض إن قصد تعارض وحكمه بعد يرد

(العرض): في اصطلاح الفقهاء: هو ما عدا العين والطعام من الأشياء كلها وأخير النأظم في البيت أن بيع العروض بالعروض ويسمى في اصطلاح الفقهاء معاوضة، وفي حكمه تفصيل يأتي في الآيات بعد هذا تليه، فبيع العروض: مبتدأ ومضاف إليه، وبالعروض: يتعلق ببيع، ونائب قصد يعود على بيع، وتعاوض: خبر مبتدأ مضمرة، أي هو تعاوض، والجملة جواب الشرط الذي هو إن قصد، والشرط وجوابه خبر بيع، والله أعلم. ويأتي للنأظم إن شاء الله تعالى بعد باب القسمة بعض مسائل من باب المعاوضة.

فإن يكن مبيعها يدك بيد فإن ذلك جائز كيف انعقد
وإن يكن مؤجلاً وتختلف أجناسه فما تفاضل أنف
والجنس من ذلك بجنس لأمـد تمتنع فيه تفاضل فقد
إلا إذا تخلف المنافع وما لبيع قبل قبض مانع
وبيع كل جائز بالمال على الحلول أول الأجـال

أشار بالآيات الثلاثة الأول وشرط الرابع أن بيع العرض بالعرض يتصور فيه ثمانية أوجه. لأنه إما أن يباع العرضان يدك بيد، أو يتأخر أحدهما، فهاتان صورتان، وفي كل منهما إما أن يباع أحدهما بالآخر متمائلاً، أو متفاضلاً، فهذه أربعة أوجه، وفي كل من الأربعة إما أن يباع بجنسه، أو بغير جنسه، ومعنى التفاضل في الجنسيتين المختلفتين أن يباع واحد باثنين مثلاً كثرين بفرس، فأشار بالبيت الأول إلى أربعة منها فأخبر أنه إذا بيع العرض بالعرض يدك بيد، فإن ذلك جائز مطلقاً، سواء بيع الجنس بجنسه متمائلاً، أو

فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع

بيع العروض بالعروض إن قصد إلى آخر الآيات الستة. قوله: (العرض النخ) هذا بعض الاصطلاح، وتارة يطلقون العروض حتى على الطعام، ومن تتبع كلام الناس عرف هذا، وحاصلها إن كان البيع يدك بيد جاز البيع مطلقاً اتحد الجنسان أو لا، وقع تفاضل أو لا، وإن تأخر أحدهما واختلف الجنسان فالجواز مطلقاً أيضاً وقع تفاضل أو لا، وإن لم يختلفا فالمنع مع التفاضل بالعدد لا مع التماثل، واختلاف المنافع كاختلاف الجنس بلا فرق، ومن أراد تحرير هذه المسائل فلي نظر عند قول المختصر: ولا شيئاً في أكثر إلى آخر تلك المسائل الصعاب في كتاب السلم، ولا يمكننا الاختصار لذلك لطول الكلام في ذلك، واختلاف الناس في ذلك غاية.

متفاضلاً، فهاتان صورتان، أو بيع الجنس بغير جنسه متماثلاً، أي واحداً بواحد، أو متفاضلاً، أي واحداً باثنين مثلاً، فهاتان صورتان أخريان، وإلى هذا الإطلاق أشار بقوله: «كيف انعقد» وأشار بقوله: «وإن يكن مؤجلاً» البيت إلى مفهوم قوله: «يذكر بيد»، وأخبر أنه إذا تأخر أحد العرضين، واختلف الجنسان، فلا يمنع التفاضل. وأخرى في الجواز صورة التماثل، والمسألة بحالها من اختلاف الجنسين إذ لا موجب للمنع في ذلك، فهاتان صورتان، ثم أشار إلى مفهوم قوله: «يذكر بيد» وإلى مفهوم قوله: وتختلف أجناسه بقوله: والجنس من ذاك بجنس لأمد البيت فأخبر أن العرض إذا بيع بعرض وهما من جنس واحد وتأخر أحدهما فإنه يمنع فيه التفاضل فقط دون التماثل فلا يمنع، وهاتان صورتان أيضاً وبهما كملت الثمان، ووجه المنع في التفاضل أنه إذا عجل الأقل كان سلفاً جراً نفعاً؛ لأن المعجل للعرض القليل سلف يأخذ عنه أكثر منه، وإن عجل الأكثر كان ضمناً بجعل؛ لأن من دفع كثيراً ثم يأخذ أقل ترك بعض ما دفع في مقابلة بقاء ذلك في ضمان مشتره إلى أجل. ووجه الجواز في التماثل أنه سلف محض ولم يجر نفعاً لسلفه لكونه أخذ مثل ما أعطى قدرًا وجنسًا، ثم استثنى من منع التفاضل في الجنس الواحد ما اختلفت منافعه فقال: إلا إذا تختلف المنافع أي فإن اختلفت المنافع يصير الجنس الواحد كالجنسين. والجنسان يجوز التفاضل بينهما كما تقدم في قوله: وإن يكن مؤجلاً وتختلف أجناسه البيت وقد مثلاً لما اختلفت منافعه من الجنس الواحد في باب السلم بالحمار الفأرة أي السريع السير يدفع في اثنين ليس كذلك، وبالفارس الجواد أي السابق (يدفع في اثنين) من حواشي الخيل، وكذلك كبير في صغير وصغير في كبير على الأصح. قاله ابن الحاجب: القوضيح: لا يثبت في الجنس فيصدق على كبير في صغير وعكسه، وعلى كبيرين في صغيرين وعكسه، وعلى كبير في صغيرين وعكسه وعلى صغير في كبيرين وعكسه، ويحتمل أن يريد الواحد ويكون التعدد مأخوذاً منه من باب أولى؛ لأن كل من أجاز مع الواحدة أجاز مع التعدد والإصحاح ظاهر المدونة هـ. وقال قبل هذا وضابط هذا أن اختلاف المنفعة يصير الجنس الواحد جنسين هـ. وأشار بقوله: وما لبيع قبل قبض مانع إلى أنه يجوز في العروض كلها بيعها قبل قبضها وليست كالطعام الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأشار بقوله: وبيع كل جائز بالمال البيت إلى أنه يجوز بيع العروض كلها بالعين من الذهب والفضة وذلك الذي يعني بالمال وسواء كان ذلك العين حالاً، أو مؤجلاً، إذ لا محذور في بيع العرض قبل قبضه ولا في بيعه بالعين حالاً، أو إلى أجل والله أعلم.

قوله: (يدفع في اثنين) أي وكذلك في واحدة وكأنه غره، ظاهر قول المختصر كفارة الحمر في الأعرابية كما غر غيره كابين فجلة وغيره مع أن الحق أن اختلاف المنفعة يسبغ سلم الجيد في واحد أدنى أو أكثر من واحد من الأدنى، وبيننا ذلك في الشرح بكلام الناس، وإنما قلنا ظاهر المختصر لأن قوله كفارة الخ ظاهر في أن المراد سلم فساره واحد في حمر أعرابية مع أن قوله يحتمل أن يكون معناه دفع متعدد من الفاره في أعرابية فافهم.

ومن يقلّب ما يفتيت شكله لم يضمن إلا حيث لم يؤذن له

يعني أنّ من أخذ (آنية فخار)، أو زجاجاً ليقلّبها ويتأمّلها فسقطت من يده من غير تفریط ولا عمد فانكسرت فإنّه إن أذن له صاحبها في التقلّب لا ضمان عليه فيها، وإن أخذها من غير إذن صاحبها ضمنها، فإن وقعت من يده على آنية أخرى فانكسرت السقلى أيضاً فإنّه يضمنها لا محالة أذن له في تقلّب الأولى أو لم يأذن، فبقوله: يفتيت هو بضم الياء مضارع أفات وفاعله ضمير التقلّب وشكله مفعوله ومعنى إفاتته: استهلاكه وإعدامه، ففي سماع سحنون. وسألت ابن القاسم عن رجل يأتي إلى الزجاج، أو القلال، أو العطار يستقرض منه قارورة، أو قلة، أو قدحاً لينظر إلى ذلك فيقع ذلك منه فينكسر وينكسر ما تحته من الزجاج، أو القلال قال: لا أرى عليه ضمان ما ناوله، ويضمن ما انكسر تحته، قلت: فإن تناول ذلك بغير إذنه فجعل يساومه ولم يتناوله صاحب المتاع فيقع منه فينكسر؟ قال: هو ضامن لما أخذ ولما انكسر أسفله. قال العتيبي: رواها عيسى عن ابن القاسم وزاد فيها: وكذلك السيف يتناول فيهزه فينكسر، أو الدابة يركبها ليستخيرها فتموت تحته، أو الفرس، وما أشبه ذلك أنّه إن أخذ ذلك منه كان ضامناً، وإن كان ضامناً بإذنه فلا ضمان عليه. رواها أيضاً أصبغ وزاد فيها: وكذلك قتل الخلل يرفعها ليروزها ليعرف قدرها وملاها فتنكسر. قال أصبغ هذا عندي في القوارير والاقداح ما لم يفتت ويأخذ بغير مأخذ مثل أن يعلّق القلة الكبيرة بأذننا وغير ذلك من وجوه العنف فيضمن به قال أصبغ: وإذا رآه وعلم به فلا ضمان عليه أ. على نقل الشارح. فرع: فإن رفع القارورة وصاحبها ساكت ينظر لم يأمره ولم ينهه فانكسرت ففي ضمانه قولان مبنيان على أن السكوت على الشيء إذن فيه فلا ضمان، أو ليس إذنًا فيضمن فرع: فإن ادعى رب القارورة حيث أذن له في

(ص)

(ومن يقلّب ما يفتيت شكله لم يضمن إلا حيث لم يؤذن له)

حاصل ما ذكره هذا الشارح في نقله أنه إن لم يؤذن للمقلّب فإنه يضمن المقلب وما سقط عليه، ومع الإذن إما يضمن ما سقط عليه فقط، وهذا التفصيل في ضمان المقلب إذا أخذه من محل أخذه وإلا ضمنه حتى مع الإذن، والقول قول المقلب في أخذه من محل أخذه وأنه لم يفرط مع يمينه أي حيث أذن له في التقلّب، وإن رأى صاحب المتاع من أراد التقلّب وسكت ففي ذلك قولان بناء على أن السكوت كالإذن أو لا. ونقل عن أصبغ أنه كالإذن في ذلك وعليه اقتصر ابن الناطم ولم يذكر القولين في ذلك، لكن قال عيسى عن ابن الناطم يضمن، وقد ذكرنا ذلك وأمورًا كثيرة من هذا القبيل عند قول المتن صدر الوديعة فضمن بسقوط شيء عليها لا إن انكسرت في نقل مثلها قف على ذلك إن شئت. وقول هذا الشارح: (آنية فخار) صوابه إناه فخار لأن لفظة آنية جمع لإناء كخباء وأخية، وكلامهم يومهم أنه مفرد وليس كذلك ولكن هو تابع لغيره كقول المختصر: ويسر كآنية وضوء إلخ ولكن هذا سهل.

التقلب أنه تمعد طرحها أو فرط حتى سقطت فعليه اليمين، قال الشارح: وذلك جارٍ على قاعدة التداعي والله أعلم.

والبيع جائزٌ على أن يتقيد في موضع آخر إن حدّ الأمد

يعني أنه يجوز البيع على أن يتقيد البائع الثمن في موضع آخر غير الموضع الذي وقع فيه البيع إذا جعلاً لذلك أجلاً معلوماً لثلاثين يومين يصير البيع إلى أجل مجهول. قال في التهذيب: ومن باع سلعةً بعين على أن يأخذها في بلد آخر فإن سميّ البلد ولم يضرباً لذلك أجلاً لم يجز، وإن ضرباً لذلك أجلاً جاز، سميّ البلد، أو لم يسمّ به أحد. «ويتقيد» بالبناء للمفعول ونائبه يعود على الثمن المدلول عليه بالبيع.

وبيع ما يجهل ذاتاً بالرّضا بالثمن البخس أو الغالي مضى

وما يباع أنه ياقوتة أو أنه رجاجة منحوتة

ويظهر العكس فكلّ منهما جاز به قيام من تظلم

يعني أن بيع الشيء الذي يجهل المتبايعان أو أحدهما ذاته وحقيقته ماضٍ لا يردّ، سواءً بيع بثمن بخس، أو بثمن غالٍ ولكن هذا إذا سمى المبيع باسمه كقوله: من يشتري مني هذا الحجر؟ فباعه بثمن يسير فظهر أنه ياقوتة فالبيع لازم، إذ لو شاء ثبتت قبل البيع؛ لأنّ الياقوتة يسمّى حجراً، وسواءً علم المتبايع حين اشتري أنه ياقوتة، أو لم يعلم، (وكذلك لو ظنّ المتبايع أنه ياقوتة فرفع في ثمنه فأخطأ ظنه فلا ردّ له، وإلى هذا الوجه أشار باليت

(ص):

والبيع جائزٌ على أن يتقيد في موضع آخر إن حدّ الأمد

تقريره بكلام المدونة ظاهر. وذلك في الثمن العين، ولكن انظر صدر الإجارة عند قول المختصر: وحمل طعام ليلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن وهذا ما لم تكن الدراهم معينة. قال في التوضيح حين تكلم على أن الصداق في النكاح كالثمن في البيع ما نصّه: ولذلك قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة أو اشتري سلعةً بدراهم غائبة لا خير في ذلك إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت، ولو حضرت الدراهم ونقصها إياها جاز النكاح والبيع إلخ. وانظر عند قول المختصر في الإجارة أن شرط الجلف كغتم حيث.

(ص): وبيع ما يجهل ذاتاً بالرّضا إلى آخر الآيات الثلاثة. قوله: (وكذلك لو ظنّ إلخ) عبارة المتطعي: ومن باع سلعةً بثمن بخس لجهله بها أو بقيمتها مثل أن يبيع حجراً بدراهم فإذا هو ياقوتة فإن ذلك يلزمه عند مالك، قال: ولو شاء لاستبرأ لنفسه قبل البيع، قال ابن حبيب: وكذا لو ظنّ المتبايع أنه ياقوتة فرفع ثمنه فلم يجهده ياقوتةً فذلك لازم له، وأما إن قال البائع من

الأوّل. وأمّا إذا سميّ بغير اسمه فإنّ لمن تظلم القيام في ذلك كما لو قال البائع: من يشتري مني هذه الزّجاجة؟ فباعها ثمّ ظهر أنّه ياقوتة فللبائع ردّ البيع، جهله المتابع، أو علمه، كما لو سميّ ياقوتاً قالني زجاجاً فللمشتري ردّ البيع، وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وما يباع أنّه ياقوته إلخ وإلى هذين القسمين أشار الشيخ بقوله: ولم يردّ بخلط إن سميّ باسمه. فأشار إلى الوجه الأوّل بقوله: إن سميّ باسمه. وإلى الثاني بمفهوم الشرط، وإنّه إن سميّ بغير اسمه يردّ البيع المواق قال مالك من باع فصلي، ثمّ قال مشتره: هو خز. فقال البائع: ما علمت أنّه خز لو علمته ما بعته بهذا الثمن: هو للمشتري لا شيء للبائع عليه، ولو شاء تثبّت قبل بيعه، وكذا من باع حجرًا بثمان يسير ثمّ هو ياقوتة تبلغ مالا كثيرًا، أي فهي للمشتري وقال ابن القاسم يردّ هذا البيع. ابن رشد. هذا الخلاف إنّما هو إذا سميّ الشيء باسم يصلح له على كلّ حال وأمّا إذا سميّ أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع: «أبيعك هذه الياقوتة» فتوجد غير ياقوتة، أو يقول: «أبيعك هذه الزّجاجة» ثمّ يعلم البائع أنّها ياقوتة فلا خلاف أنّ الشراء لا يلزم المشتري وأنّ البيع لا يلزم البائع انظره آخر بيع الغلاب ١ هـ. واعلم أنّ الغبن في البيع إذا كان بسبب الجهل بحقيقة المبيع فهذا حكمه، وإن كان بسبب الجهل بالقيمة فقط مع معرفة حقيقة الشيء المبيع فهو الذي يأتي للنّاظم في فصل الغبن حيث قال: ومن بغن في مبيع قاما الآيات الثلاثة المواق ودعوى جهل البيع راجع لدعوى الفساد (وجعل التّيطي) وغيره ذلك من دعوى الغبن ليس كذلك ١ هـ.

فصل في بيع الطعام

البيع للطعام بالطعام دون تنجز من الحرام

يشتري هذه الزّجاجة فباعها على ذلك فإذا هي ياقوت فله نقض البيع جهله المتابع أو علمه، كما لو سميّ ياقوتاً قالني زجاجاً فللمتبع رده. وأمّا إذا سكت أو قال حجرًا أو لم يبين فلا كلام له إلخ. وهذا منه بلفظه، فزاد مسألة السكوت ولذلك نقلناه. وقال ابن عرفة تبعًا لابن رشد ما نصه: واختلف أن الغر أحدهما لصاحبه في التسمية ولم يصرّح فقال ابن حبيب: يوجب الردّ كالصريح وحكي أن شريحًا إلخ والشيخ خليل قال: إن سميّ باسمه. قوله: (وجعل التّيطي إلخ) يظهر أن كلام التّيطي ومن تبعه هو الحق، قال عياض في تنبيهاته ما نصه: الفساد في البيع يرجع إلى ثلاثة أشياء: ربا وغرر وأكل مال بالباطل إلخ. ويدلّ لذلك قولهم هنا: فللبائع ردّ البيع لأنّه ولو كان فاسدًا لوجب عليه الردّ بلا تخيير منه، ولو كان هذا من أكل المال بالباطل لكان الغبن كذلك، وقد سلم أن الغبن فساد فيه، وإنما أكل المال بالباطل كالمقامرة ونحوها فانهم.

فصل في بيع الطعام

(ص): البيع للطعام بالطعام إلى آخر الآيات الستة.

والبيع للصنف بصنفه ورد
والبيع للطعام قبل القبض
والجنس بالجنس تفاضلاً منع
وغير مقتات ولا مدخر
وفي اختلاف الجنس بالإطلاق
مثلاً بمثل مقتضى يدا بيد
ممنوع ما لم يكن من قرض
حيث اقتنيات واذخار يجتمع
يجوز مع تفاضل كالحضر
جاز مع الإنجاز باتفاق

تعرض في هذه الأبيات لحكم بيع الطعام وبيع الطعام قبل قبضه واعلم أن الطعام على قسمين ربوي وهو المقتات للذخر للعيش غالباً ونسب للربا لدخوله فيه أعني ربا الفضل الذي هو الزيادة وربا النسيء الذي هو التأخير كما يأتي بيانه، ومعنى كونه مقتاتاً أنه تقوم به البنية أي عنده لا به، ومعنى كونه مدخراً أي أنه لا يفسد بطول الزمان عليه إلا الطول الكثير قال ابن ناجي: ولا حدّ للاذخار على ظاهر المذهب وإنما يرجع فيه إلى العرف وحكى الشاذلي أنه سمع فيه في بعض المجالس أن حدة سنة أشهر فأكثر. وغير ربوي كالغواكه والحضر وهو ما اختل فيه القيدان أو أحدهما بأن كان غير مقتات ولا مدخر كالنقاع، والإجاص. أو مقتاتاً غير مدخر كاللّفت أو مدخراً غير مقتات كالجوز واللوز (والضابط) في حكم ذلك الطعام إذا بيع بطعام فلا يجوز إلا يدا بيد ولا يجوز فيه تأخير سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه ربوي أو غير ربوي أو أحدهما ربوي دون الآخر لا يجوز في شيء من ذلك تأخير أصلاً وعلى ذلك نبه بقوله:

البيع للطعام بالطعام دون تناجز من الحرام

وأما ربا الفضل وهو كون أحد العوضين أكثر من الآخر ففيه تفصيل وهو أنه إذا بيع الجنس بجنسه وهما ربويان كالقمح بالشعير فيحرم الفضل وهو الزيادة ولا يباع أحدهما بالآخر إلا مثلاً بمثل وعلى ذلك نبه بقوله:

والجنس بالجنس تفاضلاً منع حيث اقتنيات واذخار يجتمع

وإن بيع الجنس الربوي ربوي من غير جنسه كالقمح بالفول جاز التفاضل فيباع وسق من قمح بوسقين من فول مثلاً، وكذا يجوز التفاضل إذا بيع الجنس بغير جنسه سواء كان أحدهما ربوياً كرطل دقيق برطلين من نقاع مثلاً، أو كانا معاً غير ربويين سواء كانا جنسين كنقاع وإجاص، أو جنساً واحداً كنقاع ونقاع فيجوز التفاضل في جميع ذلك مما اختلفت

قوله: (والضابط إلخ) هذا كلام حق وتفصيل صدق وهو أمر ظاهر بين في نفسه.

أجناسه مطلقاً ربويين أو غير ربويين، أو أحدهما ربوي^١ دون الآخر فقد نَبِهَ على حكمه بقوله:

وفي اختلاف الجنس بالإطلاق جاز مع الإنجاز باتفاق

وقوله: مع الإنجاز زيادة بيان وإلا فقد تقدم منع التأخير مطلقاً وأما ما اتفقت أجناسه من غير الربوي كفتح مع مثله والخضر من جنس واحد فنَبِهَ على حكمه بقوله:

وغير مقتات ولا ملخّر يجوز مع تفاضل كالخضر

وقد اختصر ابن الحاجب ضابط بيع التقيدين الذهب والفضة وبيع الطعامين بقوله: ويحرم بيع ربا الفضل والنساء فيما يتحد جنسه من النقود؛ ومن المطعومات الربوية فلا بد من المماثلة والمتانجة. ويحرم النساء خاصة فيما يختلف جنسه من النقود وفي المطعومات كلها^١ بقوله: «كلها» يعني ما عدا الربوي بجنسه فيحرم أن فيه معاً كما نَبِهَ عليه بقوله أولاً: ومن المطعومات الربوية وأما قوله: والبيع للمصنف بصنفه ورد مثل بمثل مقتضى يدك بيد فلا يحتاج إليه لتمام التقسيم دونه لأن حاصله أنه يجوز بيع طعام بطعام يدك بيد مثلاً بمثل كيف كان الطعامان، وهذا المقدار قد استفيد مما تقدم فلو أسقطه ما ضر ذلك وكأنه ذكره توطئة لما يذكر بعده من حكم ما اتفقت أجناسه أو اختلفت وبيع متفاضلاً أو مثل بمثل يدك بيد أو لأجل مما يدخله ربا الفضل والنساء فقط. أما ما سلم منها معاً كهذا فلا إشكال في جوازه، وأما بيع الطعام قبل قبضه المشار له بقوله والبيع للطعام قبل القبض البيت فقد ذكره الناظم خلال بيع الطعام بالطعام وما كان ينبغي له ذلك فلو قدمه أو أخره لكان أولى. وحاصل ما ذكره فيه أن من اشترى طعاماً ربوياً كان أو غير ربوي على كيل أو وزن أو عدد لم يجز له بيعه حتى يقبضه إلا إذا باعه قبل قبضه ممن كان له في ذمته مثله. كمن سلف لغيره طعاماً فيجوز لربه بيعه قبل قبضه من المتسلف وما أشبه ذلك كما يأتي قال في المدونة: قال مالك: كل طعام ابتعته بعينه أو مضموناً على كيل أو وزن أو عدد مما يذخر أو لا يذخر فلا يجوز أن تبعه من باتمك أو غيره حتى تستوفيه إلا أن تقبل منه أو تشترك فيه أو توليه وكذلك كل طعام أو شراب عدا الماء. قال مالك: وكل ما اكرتت به أو صالحت عن دم عمد أو خالعت به من طعام بعينه أو مضموناً على كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه. ابن عرفة: والمشهور أن الطعام غير الربوي كالربوي. ابن الحاجب: وبيع المشتري قبل القبض جائز إلا في الطعام مطلقاً بشرط كونه معاوضة فيما فيه حق توفية من كيل وشبهه بخلاف القرض، والهبة، والصدقة، وكذلك الجزاف على الأصح فمن ابتاع طعاماً جاز له إقراضه أو وفاؤه عن قرض ومن اقترضه فإن له بيعه^١ اهـ وقد اشتهل كلام المدونة المتقدم وكلام ابن الحاجب هنا على مسائل: الأولى: أنه لا فرق في منع بيع الطعام قبل

قبضه بين أن يكون ربوياً أو غيره وهذا الذي يعني ابن الحاجب بالإطلاق. الثانية: كونه بمعاوضة احترازاً من القرض، والهيبة، والصدقة فيجوز لمن اشترى طعاماً أن يسلفه لغيره قبل أن يقبضه هو من الذي باعه له، ولكن لا يجوز له بيعه لتسلفه ولا لغيره إلا بعد قبضه لثلاث يتوالى بيعان لا قبض بينهما، وأن يقضي به طعاماً في ذمته قبل أن يقبضه البائع أيضاً. ومن تسلف طعاماً جاز له بيعه قبل قبضه من مسلفه، وإلى ذلك أشار بقوله فمن ابتاع طعاماً جاز له إلخ فقد اشتمل على ثلاثة فروع وكذا يجوز لمن سلف لغيره طعاماً أن يبيعه قبل قبضه من المتسلف وهذه الفروع الأربعة يشملها قول الناظم «ما لم يكن من قرض وشموله للأخير منها أظهر». (وانظر كيف أخرجوا) القرض من المعاوضة والمعاوضة حاصلة فيه. قال الشارح: وفي اختصار الشيخ على إخراج القرض (فيه إيهام) أنه في غير القرض مما لا حوض له فيه لا يجوز ولو قال إلا بمثل قرض لكان فيه إشارة إلى سواء أه تبيينه: وحيث جاز بيع الطعام قبل قبضه، فإنما يجوز إذا عجل الثمن لأنه من بيع الدين، ولا يجوز إلا بتعجيل الثمن.

فروع: قال ابن عرفة في كون طعام الغصب والتعدي كالقرض أو البيع نقل الباجي عن المدونة وحكاية القاضي، اهـ. ويجوز أن تأخذ المرأة الثمن عما وجب لها من الطعام في نفقتها أو نفقة أولادها (من المواقف).

قوله: (وانظر كيف أخرجوا إلخ) لا خلاف أن القرض من المعاوضات وبيننا ذلك صدر كتاب القرض، وإن تسلف درهم بدرهم إلى أجل ويحبصه إلى الأجل ينفع قدره بدرهم إلى أجل، وفسر الرخصة أن القرض معروف فيسأله المعروف ولا يحتاج الناس إلى هذا، وتقول هنا أجزى بيعه قبل قبضه لأجل معرفته ولذلك قال بعضهم هنا ما نصه: الشرط الثالث أن ينتقل الملك بعرض في مكايسة إلخ ثم قال: فإن خرج بعرض خارج مخرج المعروض كالقرض فيجوز بيعه قبل قبضه إلخ. انظر الشرح عند قول المتن: «يجاز البيع قبل القبض إلخ» في كتاب الخيار والكلام هنا طويل، والناظم إنما ذكره نزراً، فتزليل الكثير عليه فيه ثقل، فانظر تحقيق فروع المسألة عند المحل المذكور. قوله: (فيه إيهام إلخ) إنما اقتصر على القرض لأنه معاوضة فيتوهم فيه عدم الجواز ولا كذلك الهيبة والألزام فافهم.

قوله: (من المواقف) بل هو في المختصر وهو قوله في باب النفقة: ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه إلخ. وذكرنا فيه كلاماً حسناً قف عليه إن شئت.

فائدة: قال الإمام عياض في إكماله ما نصه: منع الشافعي البيع قبل القبض في كل شيء تمسكاً بالنهي عن ربح ما لم يضمن جوابه حمله على بيع الخيار فلا يبيع قبل اختياره، أو يحمل على الطعام بدليل حديث نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وقال عثمان البستي: يجوز في كل شيء، ومنعه أبو حنيفة إلا فيما لا ينتقل لتعذر الاستيفاء المشار إليه بقوله حتى يستوفيه. وعن عثمان وسعيد وغير واحد اختصاص النهي بالمكيل والموزون مطلقاً وبه قال سحنون، وقال يحيى

الثالثة: أن محلّ المنع المذكور هو في الطعام الذي فيه حقّ توفية، وهو الذي يبيع على كيل، أو وزن، أو عدد دون المبيع جزائفاً فيجوز بيعه. قال في التوضيح لأنه مقبوض بنفس العقد فليس فيه حقّ توفية وذكر المصنّف يعني ابن الحاجب في الجزاف قولاً بالمنع. اهـ الرابعة: أنه لا فرق في الطعام بين أن يكون معيّناً أو مضموناً في الذمّة كالسلم، ولا فرق في المنع بين بيعه لبائعه، أو لأجنبي. وأن من اشترى طعاماً جاز له أن يتقابل مع بائعه قبل قبضه، وليست الإقالة هنا بيعاً وأن يشارك فيه غيره قبل قبضه. أي يولّى بعضه وأن يولي جميع ما اشترى من الطعام لغيره قبل قبضه وأنه لا فرق في ذلك بين الطعام والشراب ما عدا الماء. وأنه لا فرق في الطعام بين أن يكون من بيع أو من كراء أو من صلح عن دم عمد أو خلع كلّ ذلك لا يجوز بيعه قبل قبضه وفهم من قول الناظم والبيع للطعام قبل القبض أن ما عدا الطعام يجوز بيعه قبل قبضه. قال في المدونة: ما ابتعته أو أسلمك فيه عدا الطعام، والشراب، من سائر العروض على عدد أو كيل، أو وزن فجازت بيع ذلك كلّ قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك بمثل رأس مالك أو أكثر تقدّم أو بما شئت من الأثمان.

وبيع معلوم بما قد جهلا من جنسه تزايّن لن يقبلا

يعني أن يبيع الشيء المعلوم القدر بكيل أو وزن أو عدد بشيء مجهول القدر وهما من جنس واحد يسمى بيع مزايّن وهو غير مقبول عند العلماء أي غير جائز لئله ﷺ عنه. قال- الشارح: والزّين والزّيان هو الخطر والخطار اهـ وإذا كان في بيع المعلوم بالمجهول مخاطرة

ابن سعيد في المعداد، وبه قال ابن حبيب لقول الحديث حتى يكتاله إلخ والحمد لله على الخلاف. وفي الذخيرة: إذا بيع الطعام قبل قبضه حيث لا يجوز ذلك ما نصّه: فإن قبضه أي مشتره قبل قبضه بائعه فالقياس الردّ إلى البائع الثاني لأن الأول قد برئ منه بقبض الأخير لأنه قبض وكيله، وقيل يرد إلى البائع الأول لياخذه مشتره منه لأنه مقتضى العقد الأول ولم يوف به، وليس للبائع إجازة البيع لأنه يبيع الطعام قبل قبضه اهـ. المقصود منه. وفي التوضيح ما نصّه: وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبد أو معقول؟ المعنى قولان، وعلى الثاني فقيل إنما نهي عن ذلك لأن أهل العينة كانوا يتوصلون إلى الفساد ببيع الطعام قبل قبضه، فنهي عن ذلك سداً للريعة الفساد، وقيل: لأن للشرع غرضاً في ظهوره، فإننا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منعنا من ذلك فإنه حينئذ يتنفع به الكيال والحمال ويظهر للفقراء وتقوى نفوس الناس به والله أعلم اهـ. بلفظه. وقوله: لأهل العينة إلخ قف على تفسير مضمونة غاية بكلام الباجي وابن بشير وغيرهما وما هو الراجح في هذين القولين هل التعبد أو هو معقول المعنى في الشرح.

(ص:)

(وبيع معلوم بما قد جهلا من جنسه تزايّن لن يقبلا)

وهو الذي في البيت فأحرى وجود المخاطرة في بيع مجهول بمجهول من جنسه. وفي صحيح مسلم **أنهى رسول الله ﷺ عن المزانة** هو بيع العنب بالزبيب كيلاً^(٩٨). المارري: المزانة عندنا بيع معلوم بمجهول أو بيع مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما. (ابن عرفة: يطل عكسه بيع الشيء بما يخرج منه حسبما يأتي ويكون في الربوي وغيره. اهـ. فمن المزانة بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً وبيع الزبيب بالعنب كيلاً وبيع زرع قائم أو محصول بكيل من البر أو زيتون في شجرة بكيل من الزيتون وكبيع الرطب بالبر والبر بالتمر، وكذلك رطب كل ثمرة يابسها. (التوضيح) وتفسيرها الواقع في الحديث إنما هو في الربوي، وهو عند أهل المذهب لا يختص الربوي لأن غير الربوي، وإن لم يدخل تحت المزانة فثم ضومات يدخل تحتها كالتهي عن الفرر. ابن الحاجب: فإن علم أن أحدهما أكثر جار فيهما لا ربا فيه. التوضيح: لانتفاء المزانة إذ ذاك إذ المزانة المدافعة من قولهم: ناقة زبون إذا منعت من حلابها ومنه الزبانية لدفعهم الكفرة، فكان كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن مراده، ويعتقد أنه الغالب فإذا علم أن أحدهما أكثر انتفى هذا. وعموم قوله جار فيما لا ربا فيه يشمل غير المطعومين، والمطعومين غير الربويين وهو مقتضى النظر اهـ ويدخل في غير المطعومين نحو حرير، وكتان بكتان، وما أشبه ذلك، ويدخل في المطعومين غير الربويين الفواكه، والخضر يباع الجنس منهما بجنسه.

تنبيه: بقي على الناظم من المزانة بيع مجهول بمجهول، وتقدم أنه أخرى في المنع بما ذكر، واستثنى ما إذا كثر أحد العوضين كثرة بينة فإنه جائز فيما يجوز فيه التفاضل كالصوف والكتان ونحوهما. أما ما يمتنع فيه التفاضل كالطعام الربوي يباع بجنسه فيمتنع وإن تبين الفضل لأنه وإن ذهب المزانة بالكثرة فقد خلفها ربا الفضل وكذا سلم الشيء فيما يخرج منه كسلم سيف في حديد وغزل في كتان فإنه من المزانة أيضاً كما تقدم عن ابن عرفة ولو زاد بعد هذا البيت لقال:

قوله: (ابن عرفة: يطل عكسه إلخ) هذا دخل في كلام الناس مجهول بمجهول من جنسه أو بيع معلوم بمجهول من جنسه أيضاً، وهكذا رسم الناس المزانة، وذكرنا كلامهم في الشرح لقول المختصر: ومزانة مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه، وجار أن كثر أحدهما في غير ربوي، ووجه دخوله في ما ذكر مبن في علة المنع في مسائل قول المختصر، ومصنوع لا يعود إلى آخر تلك المسائل المذكورة في كتاب السلم لأن بيع الصوف بثوب مثلاً يخرج منها الصوف مجهولة باعتبار ما قصد منها وهو الثوب الخارج، كما أن العنب مجهول باعتبار ما قصد منه وهو الزبيب وهو لا يدرى كم يخرج من الزبيب، انظر للحل المذكور.

(٩٨) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢١٧١)، ومسلم (١٥٤٢)، وأبو داود (٣٣٦١)، والنسائي (٤٥٤٨)، وابن ماجه (٢٢٦٥) كلهم عن ابن عمر وفي الباب عن أبي هريرة أخرجه النسائي (٣٨٩٣)، وأحمد في المسند (٤٨٤/٢).

كذلك مجهولٌ بمجهولٍ عدا إن كثر الفضل ولا منعٌ بدا
ومسلم الشيء بشيءٍ يخرج منه تزاينٌ وذاك المنهج
وباء بشيءٍ «ظرفية» والإشارة في قوله وذاك المنهج إلى المنع المتقدم في قول الناظم في
البيت: «لن يقبلاً» والله أعلم.

فصل في بيع التقليين والحلي وشبهه

يعني بالتقليين المسكوك منهما وبالحلي المصوغ والله أعلم وضمير شبهه للحلي وشبه
الحلي هو المحلى بأحد التقليين. ١ هـ.

والصِّرف أخذ فضةً في ذهب أو عكسه وما تفاضل أبي
والجنس بالجنس هو المراتلة بالوزن أو بالعدّ فالمبادلة
والشَّروط في الصِّرف تناجزٌ فقط ومعه المثل بثانٍ يشترط

ذكر في هذه الأبيات تعريف الصِّرف والمراتلة والمبادلة وشروطها فأنجز أن بيع أحد
التقليين بالآخر كبيع الذهب بالفضة وبالعكس يسمى صرفاً، ويجوز فيه التفاضل كما نبه
عليه بقوله: وما تفاضل أبي أي: امتنع وإنما يمتنع فيه التأخير ولو قريباً ويفسد باقتدار
المتصرفين اختياراً وكذا غلبة على المشهور، وكذا إن غاب أحد التقليين عن مجلس الصِّرف
غيبه قريباً كدراة أو حانوته لأن المناجزة شرطٌ فيه كما نبه على ذلك بقوله والشَّروط في
الصِّرف تناجزٌ فقط أي: دون التماثل فلا يشترط كما تقدم فيجوز بيع الفضة بالذهب
والذهب بالفضة متماثلاً أو متفاضلاً لكن يدا بيد من غير تأخير. وأخبر أنه إذا بيع أحد
التقليين بجنسه كذهب بذهب وفضة بفضة فإن كان بالوزن فإنه يسمى مراتلة وإن كان
بالعدد فإنه يسمى مبادلة، ويشترط في جوارهما شرطان التماثل فلا يباع ذهب بذهب
متفاضلاً ولا فضة بفضة متفاضلاً بل مثلاً بمثل، ولو كان أحدهما أجود من الآخر أو أكثر
عدداً أو أحدهما مصوغٌ والآخر ليس كذلك أو كانا غير مصوغين. والشَّروط الثاني: التناجز
فلا يجوز في ذلك تأخير أيضاً وعلى هذين الشرطين نبه بقوله: ومعه المثل بثانٍ يشترط أي:
ويشترط مع التناجز مثل أي: التماثل في القسم الثاني الذي هو بيع الجنس بجنسه فضمير
معه للتناجز وباء بثانٍ ظرفية وهو وصف لمحلوفٍ أي: في الوجه الثاني وهذا نحو ما تقدم

فصل في بيع التقليين والحلي وشبهه

(ص): والصرف أخذ فضة في ذهب. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

في الطعام من أنه إذا بيع الطعام الربوي بجنسه فيحرم فيه الفضل والنساء معاً وإذا بيع جنسه ربوياً أو غيره فلا يحرم إلا في النساء فقط أي التأخير. وعلى ذلك نية ابن الحاجب بقوله: ويحرم الفضل والنساء فيما يتحد جنسه من النقود، ومن الملعومات الربوية فلا بد من المماثلة، والمناجزة ويحرم النساء خاصة فيما يختلف جنسه من النقود، ومن الملعومات كلها. انتهى يريد وكذلك فيما يتحد جنسه من الربوي فلا يحرم فيه إلا النساء خاصة. المواق سمع ابن القاسم لا بأس بالمراطة بالصنجة في كفة واحدة. ابن رشد: هي أصح لتيقن المماثلة إذ قد يكون عين أرجح من الأخرى في الميزان. وفيها: وجه المراطة: اعتدال الكفتين ولا يجوز أن يتجاوز أحدهما لصاحبه رجحان شيء. راطل أبو بكر أبا رافع خلخالين بدرهم فرجحت دراهم أبي رافع فقال هو لك حلال فقال أبو بكر إن أحللت أنت فإن الله لا يحله ومنع القاسمي أن يراطل سكياً بحلي قبل معرفة وزن السكي إذ لا يجوز بيع السكي جزافاً. أجاز ذلك ابن عبد الرحمن لأنه متفق الوزن. وقيل عن القاسمي إنه كره أن يراطلا دراهم بدرهم أو دنائير بدنانير قبل أن يعلم كل واحد منهما وزن دراهمه أو ذبه. ابن يونس والصواب جواز ذلك إذ لا غرر فيه لأنه إنما يأخذ مثل دراهمه ومثل وزن ذبه. وفي الموطأ: لا بأس أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دنائير إذا كان وزن الذهبين سواء. اهـ. وقد تلخص من هذه أن المراطة على وجهين أحدهما: أن يجعل كل أحد العوضين في كفة ثم يجعل العوض الآخر في الكفة الأخرى والثاني: أن يجعل الحجر الذي يوزن به في كفة ثم يجعل أحد العوضين في الكفة الأخرى حتى يعادل مع الحجر ثم يفرغ ذلك العوض ويجعل مكانه العوض الآخر حتى يعادل مع الحجر أيضاً، والحجر لم يزل في كفته التي وضع فيها أولاً وفي هذا الوجه قال ابن رشد إنه أصح وأن المراطة تجوز ولو جهل كل واحد منهما وزن دراهمه لأنه أخذ مثل ما أعطى. هذا بعض ما يتعلق بالمراطة. وأما المبادلة: فقال ابن الحاجب: المبادلة: لقب في المسكوكين عدداً وهي جائزة في العديدي دون الوزني. التوضيح: يعني لا تجوز إلا في الدنانير والدراهم إذا كان التعامل بهما عدداً فإن كان التعامل بالوزن لم يجز إلا بالوزن فتعود مراطة اهـ. وإذا كان التعامل بالعدد جازت في القليل والكثير والله أعلم. ما لم يكن أحد العوضين أوزن فتمنع إلا في التعدد اليسير وذلك ستة فما دون على المشهور. وكون النقص يسيراً سمدساً فما دون. ابن الحاجب: ويجوز إبدال القليل بأوزن منه يسيراً للمعروف والتعامل بالعدد. قال في التوضيح: أجاز أي في المدونة أن يبدل الستة تنقص سمدساً بستة وازنة على المعروف (المحطاب: ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة) وأن يكون واحداً بواحد احترازاً من واحد باثنين وأن تكون السكة واحدة وعلى وجه المعروف لا المكايسة وأن تكون يداً بيد اهـ.

قوله: (المحطاب ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة إلخ) تتبعنا كلام الناس الذي نقل عنهم في شروط المبادلة فلم نجد هذا الشرط إلا في التوضيح وإن نسب بعضهم للخمي وبعضهم لأبي

وتجوز في الدنانير والدراهم فيسدل درهم بدرهم ودرهمان بدرهمين وهكذا ويسدل دينار^١ بدينار وديناران بدينارين وهكذا قال الشارح: وهي أي: المبادلة مخصصة بما قل من العدد كالدينار والدينارين. الخطأ: والمعتبر الأشخاص فعلى مذهب من منع أكثر من ثلاثة لا يجوز بدل أربعة قرايط ناقصة بأربعة قرايط وازنة ولا يقال إن الأربعة قرايط أقل من ثلاثة دراهم لأن المعتبر الأشخاص ١ هـ.

تنبيه: هذا الحكم المذكور في المبادلة هو إذا أبدل واحد بواحد أو اثنان باثنين وهكذا إلى ستة ستة كما تقدم وأما إذا أبدل شخص واحدًا بمتعدد غير مساو له في الوزن كإبدال دينار بأربعة أرباعه وهي أنقص من الدينار وزنًا أو إبدال ريال واحد بأربعة وعشرين موزونة مثلاً أو أكثر وهي أنقص من الريال وزنًا فنقل المواق في ذلك ما نصّه ابن رشد كره مالك أن يعطي الرجل المتقال ويأخذ أربعة وعشرين قيراطاً معدودة بغير مراطة لأن الشيء إذا وزن مجتمعاً ثم فرق زاد أو نقص وأجار ذلك ابن القاسم استحساناً على وجه المعروف في الدينار الواحدة كما أجازوا مبادلة الدينار الناقص بالوان على وجه المعروف وفي المدونة: أما بدل دينار أو درهم بوزن منه فجائز وذلك فيما قل بخلاف المراطلة لأن ذلك في المراطلة تكايس وفي المبادلة معروف. ابن رشد: يجوز ذلك فيما قل مثل الدينارين والثلاثة إلى الستة على ما في المدونة وإن كان سحنون قد أصلح في المدونة الستة وردّها إلى ثلاثة ١ هـ. وهذا صريح في جواز إبدال الدينار بنصف دينار أو بأربعة أرباعه وإن لم يتساو العوضان في الوزن، وعلى هذا اعتمد شيخ شيوخنا الإمام أبو عبد الله سيدي محمد القصار في فتواه بجواز إبدال ريال كبير بعشرين موزونة يعني أو بأكثر حين صغرت الدراهم وذلك في ريال واحد لا في أكثر وماأخذه في ذلك ظاهر والله أعلم.

فرع: سئل التونسي عن مراطة الدراهم القديمة بالجديدة للمحدثه الآن والقديمة أكثر فضة وهل يقتضى بعضها من بعض من غير شرط وهما مختلفا الصفة والتفاق وهل لمن باع بالقديمة أن يقتضيهما منها أم لا؟ فأجاب: المراطلة بها جائزة لأن معطي الجديدة متفضل لا انتفاع له بما في القديمة من زيادة الفضة إذ لو سكّت القديمة لحسر فيها ويغرم عليها لتصير جديدة وقد أجاز أصحابنا مراطة التبر الجديد بالمسكوك وقد علم أنه ترك الجودة للسكة ولم يغرم عليه، ومن باع بقديمة قبل قطعها فليس له إلا هي، ومن رضي أن يؤدي جديدة عن قديمة جاز لأنه أعطى أفضل في التفاق. ١ هـ من أواخر السقر الثالث من المعيار.

وبيع ما حلي بما اتخذ بإ بغير جنسه بنقد نفذا

الحسن فانظروا، مع أن كثيراً من الفحول تعرضوا لهذه الشروط ولم يعرجوا على هذا الشرط الذي هو أن تكون بلفظ المبادلة، وكلام هذا الشارح هنا حسن في هذه المسائل.

(هـ): وبيع ما حلي بما اتخذ، إلى آخر البيت. هذا قال فيه في المختصر وجاز وإن ثوباً

وكل ما الفضّة فيه والذهب فبالعروض البيع في ذلك وجب

تكلّم في البيتين على ما يجوز أن يباع به المحلى كالسيف والمصحف وغيرهما ممّا حلّي بذهب أو فضة، وكذا الثوب المنسوج أو المغرور بخيوط من ذهب أو فضة وما لا يجوز أن يباع به فأخبر أنّ المحلى بأحد التقدين إذا كان جائز الاتخاذ كالسيف للرجل والثياب للمرأة فإنه يجوز بيعه بغير جنسه أي بغير جنس حلّيته، فإذا حلّي بذهب جاز بيعه بفضة وإذا حلّي بفضة جاز بيعه بذهب لكن إنّما يجوز ذلك إذا كان نقداً أي معجلاً من غير تأخير لأنّه بيع وصرف فيطلب فيه المناجزة وذلك لأنّ العين المدفوعة في الحلّ بعضها في مقابلة نصلي السيف مثلاً أو في نفس الثوب أو المصحف وهو بيع. وبعضها في مقابلة الحلية وهو صرف واجتماعهما تطلب فيه المناجزة كما تطلب في انفراد الصرف وفهم من قوله: ممّا اتخذ أنّ ما لا يجوز اتخاذه كالسيف للمرأة أو السوار للرجل لا يجوز بيعه بذلك وفهم من قوله: بنقد أنّ بيعه بتأخير ممنوع وهو كذلك إن كانت الحلية غير تبع بأن كانت أكثر من الثلث وكذلك إن كانت تبعاً على المشهور. وفهم من إطلاق الجوار في بيعه بالنقد أنّه لا فرق بين كون الحلية تابعة أو متبوعة أيضاً وهو كذلك، وهذه المسألة مستثناة من منع اجتماع البيع والصرف للضرورة وفهم من قوله بغير جنسه أنّ بيعه بجنس الحلية غير جائز وهو كذلك لكن إذا كانت الحلية غير تابعة للشيء المحلى بها هنا لا يجوز بيعه بجنس الحلية وأما إن كانت تابعة فيجوز لكن بالتعجيل أيضاً لا بالتأخير على المشهور. ابن الحاجب: والتبع الثلث وقيل دونه وقيل النصف. التوضيح: الأوّل مذهب الملبّنة ابن الحاجب: ويعتبر بالقيمة وقيل بالوزن مع قيمة المحلى. التوضيح: سببهما هل تعتبر الصبغة أم لا؟ ومعنى كلامه أنّا إذا بنينا على المشهور من أنّ التبع الثلث أو على غيره من الأقوال (فهو يعتبر التبع) بالقيمة أو بالوزن فقط؟ فإن كان وزن الحلية عشرين وبصياغتها تساوي ثلاثين وقيمة النصل أربعين جاز على الثاني دون الأوّل والقول باعتبار القيمة. قال ابن يونس: هو ظاهر الموطأ والموازية والثاني ذكر الباجي أنّه ظاهر المذهب قياساً على التصاب في السرقة، والزكاة اهـ ولو راد الناظم بيتاً بعد البيت الأوّل فقال:

وبيعه بجنسه يجوز إن حلّيته ثلثاً فدونه قمن

يخرج منه عين إن سبك بأحد التقدين إن أبيحت وسمرت وعجل بغير صنفه مطلقاً ويصفه إن كانت الثلث، وهل بالقيمة أو بالوزن خلاف، وإن حلّي بهما لم يجز بأحدهما إلّا إن تبعاً الجواهر اهـ. فقول هذا الشارح: وكذا الثوب إلخ هذا قال فيه في المختصر إن كان يخرج منه عين إن حرق، ولكن عبارة الشارح ربما تشعر بهذا لذكره الخيوط من الذهب.

قوله: (فهو يعتبر التبع إلخ) الذي يظهر من ابن يونس ترجيح القول باعتبار الوزن، وإن

لأنّاد حكم بيعه بجنسه وقمن في هذا البيت بمعنى حقيق راجع لكون الحلية ثلثاً أي: يجوز إن كانت حليته ثلثاً حقيقة وهو إيماء لاختيار القول باعتبار الوزن اعتماداً على قول الباجي أنّه ظاهر المذهب. وهذه المسألة مستثناة أيضاً من بيع الجنس بجنسه متفاضلاً للضرورة هذا حكم المحلّي بأحد التقدين وأما المحلّي بهما معاً كالسيف المحلّي بالذهب، والفضة معاً أو المحلّي من الذهب والفضة معاً فلا يباع بذهب ولا بفضة بل بالعروض والفلوس إلا إذا كان مجموعهما تبعاً للسكّة (سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو لا). إذا كان نقدًا فإذا كانا تبعاً فيباع بكل واحد من التقدين. قاله ابن حبيب في الواضحة، وحكى اللّخمي عليه الاتفاق. قاله في التوضيح وإلى هذا القسم أعني المحلّي بهما أشار النّاطم بالبيت الثاني والجوار مفيدٌ بالنقد أيضاً كما في البيت الأول والله أعلم. تنبيه: ما تقدّم من اشتراط النقد إنّما هو إذا بيع المحلّي بذهب أو فضة على التفصيل المتقدّم، وأما إن بيع بالعرض فيجوز نقدًا وإلى أجل وجميع ما تقدّم إنّما هو في الحلية المسوّمة التي في نزعه ضررٌ أمّا ما ليس كذلك كعقد جوهري فيه قطع من الذهب فلا بد من نزعه وبيع كل بما يجوز أن يباع به.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

ضمير بها للثمار والذي يلحق بالثمار المقائي والخضر.

بيع الثمار والمقائي والخضر بدو الصّلاح فيه شرطٌ معتبر

وحيث لم يبد صلاحها امتنع^(٩٩) ما لم يكن بالشّروط للقطع وقع

صدر ابن الحاجب باعتبار القيمة وعطف عليه اعتبار الوزن، قال ابن شاس: فالنظر القيمة لأنها المقصودة والوزن لأنه المعتبر في جواهر التقدين، قال بعض المتأخرين: والصحيح اعتبار القيمة إلخ، والخطاب قال قولان مشهوران ولم يذكر إلّا تصدير ابن الحاجب وفي ذلك ما لا يخفى فانهم.

قوله: (سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو لا إلخ) إذا كان أحدهما تابعاً للآخر ومجموعهما تابع للجواهر فإن بيع ذلك بالتابع لصاحبه منهما أي فصص التابع جازز وهو قول قوي غاية، وربما يكون أقوى من القول الذي ذكره المختصر، قف على الشرح تر هذا عياناً.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

(ص): بيع الثمار والمقائي والخضر إلخ البيتين. ما ذكره هذا الشارح في شرح هذين البيتين

(٩٩) لنهي النبي ﷺ: «عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها».

وهو حديث صحيح. أخرجه البخاري (١٤٨٦)، ١٤٨٨، ٢١٩٨، ٢١٩٥، ٢٢٠٨، ومسلم (١٥٣٤)، =

يعني أنه: يشترط في جوار بيع الثمار كالعنب والتمر وفي بيع المائتي كالبطيخ والفقوس وفي بيع الخضر كاللثت والفجل بدو الصلاح في جميعها ثم صرح بالمفهوم فقال: وحيث لم يد صلاحها امتنع أي: يبيعها إلا إذا بيعت على شرط أن تقطع في الحال فيجوز لكن بشروط تأتي وبدو الصلاح في الثمر هو الزهو وذلك بأن تحمر أو تصفر وفي غيره بظهور الخلاوة أو اسوداد ما يسود كالزيتون والعنب الأسود والتهيؤ للنضج بحيث إذا قطع لا يفسد وفي مختصر الشيخ خليل: وهو الزهو وظهور الخلاوة والتهيؤ للنضج وفي ذي النور بانفتاحه والبقول بأطعمها وهل في البطيخ الاصفرار أو التهيؤ للنضج؟ قولان: وفي التوارد من كتاب ابن الموار: قال مالك: إذا أزهى في الحائط كله نخلة أو دالية بيع جميعه بذلك ما لم تكن باكورة. مالك، (وإن كان في الدالية الحبات) في العقود أو العقودين جاز بيعها، وكذلك كل ما تتابع طيبه. ثم قال مالك: ولا تباع البقول حتى تبلغ إبانها التي تطيب فيه ويكون ما قطع منها ليس بفساد. قال: وفي الجزر واللثت والفجل والشوم والبصل إذا استقر ورقه وتم، وانتفع به، ولم يكن ما يقلع منه فساداً جاز بيعه إذا نظر إلى شيء منه. تنبيه: يدخل في الثمار الحبوب كالقمح والبول ونحوهما وبدو صلاحها (هو) باليس) فإن بيع بعد الإفراك وقبل اليس مضي بقبضه، وإن علم به قبل أن يبس فسخ. وإن لم يعلم به إلا بعد أن يبس مضي البيع ولم يفسخ. ابن رشد: لم يحكموا له بحكم البيع الفاسد مراعاة لمن أجاز منهم. ابن شهاب وأما إذا لم يد صلاحها فلا تباع إلا على

هو كذلك في المختصر وشروحه. وقوله: (وإن كان في الدالية الحبات إلخ) قال ابن شاس في هذا ما نصه: وقال القاضي أبو الحسن: إذا بدا الصلاح في جنس من الثمار في بستان في نخلة أو في بعضها ولو عذقا في نخلة منه جاز بيعه كله بطيب البعض، وجاز بيع ثمر النخل الذي في البساتين حولها كلها إلخ، هذا لفظه في هذا فانظر إذا طلبت حبات من دالية فإنها تباع هي ولا إشكال، وهل يباع صفنها من الدوالي بذلك؟ فظاهر كلام من تقدم هو الجواز ولو غير بقوله ولو عذقا تأمله. قوله: (هو باليس إلخ) قال الجزولي: الحب لا يباع يبس بعضه بل لا بد من يبس جميعه، والفرق بينه وبين الثمار حاجة الناس إلى الثمار من أكلها وطبة، ولأن الغالب في طيبها التابع، وليست الحبوب كذلك لأنها للقوت لا للتفكه، ومثله لابن عمر، ونقله الشاذلي وسلمه فانظروه، مع أن الظاهر إذا يبس الجل بيع إذ الأقل يتبع الأكثر، مع أن الخلاف في بيعه بإفراكه قبل يبسه عند كثير من العلماء، بل قال في محل من المدونة في بيعه بإفراك أكثره ولم يعبر بالتحريم. وفي تبصرة اللخمي عن الموارية عن ابن شهاب: كان العلماء يقولون بدو صلاح الزرع إذا أفرك إلخ تأمل هذا كله.

= (١٥٥٥)، والنسائي (٤٥٣١، ٤٥٣٥)، وأحمد في السند (٤٦/٢، ٥٩، ٧٩، ١٠٨)، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٣١٤)، والطبراني في الكبير (١٣٤٦٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٨١، ٤٩٨٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٠٠/٥)، والبيهقي في شرح السنة (٢٠٨٠).

شروط أن تقطع في الحال أو قريباً منه ولا يدخرها إلى الزمان الذي تزيد فيه قال في التوضيح: وقيد الخمي بثلاثة شروط: أولها: أن يتفع به لنهي عليه السلام عن إضاعة المال ثانيها: أن تدعو إلى ذلك حاجة وإلا كان من الفساد. ثالثها: أن لا يتمالا أهل البلد على ذلك لئلا يعظم الفساد. وأما بيعها على شرط التبقية فباطلٌ وعلى الإطلاق بحيث لم يشترط القطع ولا التبقية فظاهر. المدونة يصح. وقال العراقيون: يطل. اهـ وبعضه بالمعنى، وكذلك يجوز بيعها مع الأصل أو وحدها لمن اشترى الأصل وبقيت الثمار المأبورة للبائع بناءً على أن الملقق بالعقد يعدّ واقعاً فيه وإلى هذا أشار الشيخ خليل بقوله، وقبله مع أصله وألحق به أو على قطعه إن نفع واضطر له ولم يتمالا عليه على التبقية أو الإطلاق.

وخلفه القصيل ملكها حريّ لبائع إلا بشرط المشتري
ولا يجوز في الثمار الاجل إلا بما إثمارة متصل
وغائب في الأصل لا يباع إلا إذا حصل الانتفاع

اشتملت الأبيات الثلاثة على ثلاث مسائل: الأولى: أن من اشترى قصيلاً لا تدخل في البيع خلفته بل تبقى للبائع إلا إذا اشترطها المشتري قال الشارح: وكذلك ما أشبه القصيل في الخلقة كالقرط والقضب يجوز اشتراط ذلك. وفي النوادر قال ابن حبيب (وإنما يجوز في القضب) والقرط والقصيل أن يشترط خلفته في بلد السقي لا في بلد المظر إذ ليست الخلقة فيه بمأمونة وإذا لم تشترط الخلقة فإنما له الجزء الأولى وإذا اشترطها فله ما خلفت وإن كانت خلفه بعد خلقة وإنما ذلك كالقول إذا بلغ أن يتفع به إذا قطع جار يبعه حينئذ ويبع ما يطلع منه وإلى هذا أشار النّاطم بالبيت الأول. فرع أفتى ابن سراج بجواز بيع القصيل بالطعام نقداً وإلى أجل اتفاقاً وبأنه يبادر بجزّ القصيل فإن تركه حتى حُب فسُخّ البيع على المنصوص لابن القاسم. المسألة الثانية: مسألة المدونة قال فيها مالكٌ ولا يجوز أن

(ص): وخلفه القصيل ملكها حري إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: (وإنما يجوز في القضب إلخ) هذا صحيح كما في المتبقي، لأن الخلقة كبطن نان، وفي خلفه القصيل كلام طويل غاية في فروع تتعلق بذلك، وقول هذا الشارح فرع أفتى ابن سراج إلخ في هذه المسألة كلام طويل وفيما يشبهها، نقلناه عن المتقدمين والمتأخرين في الشرح عند قول المختصر: وخلفه القصيل. وعبارة المتبقي في شيء من هذا هي قوله ما نصّه: فصل ويجوز بيع القصيل قائماً بعد طيبه وإمكان رعيه، ولا يجوز شراؤه قبل ذلك على تأخيره إلى أن يتم نباته، ويجوز شراؤه بطعام نقداً أو إلى أجل على الجلد لا على التبقية اهـ. بلفظه. وربما يوافقه كلام ابن سراج إن تؤمل، وأصل ما في المتبقي لابن قنوق فقف عليه في الشرح إن شئت.

يشتري ما تطعم المقائي شهرًا لاختلاف الحمل في كثرته وقلة وفي المتيطية: وأما الموز والقرط والقضب فلا بد فيه من ضرب الأجل لأن مدة بقاءه مجهولة وربما بقي الموز سنين متعدّدة وإلى هذا أشار بالبيت الثاني المسألة الثالثة: لا يجوز بيع المغيب في الأرض كالجزر والفجل والبصل حتى يحصل الانتفاع بها، ولم يكن في قلعها فسادٌ فذلك بدو صلاحها. وإلى هذا أشار بالبيت الثالث.

وجائز في ذلك أن يستثنى أكثر من نصف له أو أدنى

ودون ثلث إن يكن ما استثنى بعمدٍ أو كيلٍ أو بورن

وإن يكن لثمرات عينا فمطلقًا يسوغ ما تعينا

تعرض في الآيات لحكم بيع الثمار واستثناء بعضها بالإشارة في البيت الأول للثمار والمقائي والخضر ومغيب الأصل كالجزر فأخبر بما حاصله: أنه يجوز لبائع الثمار وما ذكر معها استثناء الجزء الشائع كالربع والثلث والنصف وأقل من ذلك وأكثر وإلى هذا أشار بالبيت الأول والذكر على أن مقصوده الجزء الشائع ما ذكر. في البيت بعده وهو أنه إذا استثنى كيلًا أو وزنًا أو عددًا فإن يكن ما استثناء مقدار ثلث تلك الثمرة فأقل جاز ذلك وإلا فلا إلا، أن ظاهر قوله: ودون ثلث أن مقدار الثلث نفسه من حيز الكثير فلا يجوز استثناءه (وليس كذلك) وهذان وجهان استثناء الجزء الشائع. واستثناء قدر معلوم بكيل أو وزن أو عدد والوجه الثالث استثناء ثمرة شجرة أو شجرات بعينها وذلك جائز أيضًا كان ذلك المستثنى قليلًا أو كثيرًا قال الشارح: لأنه غير مبيع فلا يدخله الخلاف الذي في كون المستثنى مبيعًا أو مبيئًا وقد أشار الشيخ خليل للوجهين الأولين بقوله: وثمرة واستثناء قدر ثلث ثم قال: وجزء مطلقًا (ولم يذكر الوجه الثالث) ونقل الشارح على الوجهين الأولين عن المتيطي ما نصه: ويجوز لبائع الثمرة أن يستثنى جزءًا شأنًا منها قليلًا كان أو كثيرًا لأن البيع لم يتناول ذلك الجزء المستثنى هذا هو المشهور من المذهب. ثم قال: وللبائع أن يستثنى من الثمرة المبيعة كيلًا معلومًا فيما يكال أو وزنًا معلومًا فيما يوزن إذا كان المستثنى ثلث الثمر فدون، ولا تجوز الزيادة على ذلك اهـ. ثم نقل على الوجه الثالث ما نصه: وفي النواذر

(ص): وجائز في ذلك أن يستثنى إلى آخر الآيات الثلاثة.

قوله: (وليس كذلك إلخ) صحيح ولا فرق في جواز استثناء الثلث كانت الثمرة بصرًا أو رطبًا أو تمرًا كما في الباجي وغيره، لأن المستثنى مبيعي وبيننا ذلك في الشرح. قوله: (ولم يذكر الوجه الثالث) كأنه غفل رحمه الله تعالى عن قول المختصر مستثنى من المنوع ما نصه: إلا البائع يستثنى خمسًا من جنانه إلخ في فصل الربوي. وفي قول المختصر: إلا البائع إلخ كلام طويل من ابن عرفة وغيره نقلناه في الشرح، غير أن ما في النظم الاستثناء لثمر أشجار، وما في المختصر للشجرات وثمرتها ولكن لا فرق إن تأملت الشرح.

عن الواضحة ومن باع ثمر حائطه واستثنى ثمر أربع نخلات بأعيانها جار ذلك قلت أو كثرت ١ هـ وإلى هذا التعميم في القليلة والكثيرة أشار النّاطم بالإطلاق:

وفي عصير الكرم يشترى بالذهب أو فضة أخذ الطعام يجتنب

يعني أن من باع عصير كرمه بذهب أو فضة فلا يجوز له أن يأخذ عن ثمنه قمحاً أو شعيراً ولا غيرهما من سائر الطعام لما في ذلك من اقتضاء الطعام من ثمن الطعام وهو ممنوع نظراً إلى ما آل إليه الأمر من طعام بطعام إلى أجل وهذا الحكم (لا يختص بالعصير) بل كل طعام كذلك لا يجوز أن يقتضي عن ثمنه طعاماً.

(ص):

(وفي عصير الكرم يشترى بالذهب أو فضة أخذ الطعام يجتنب)

قوله: (لا يختص بالعصير) صحيح قال ابن الحاجب ما نصّه: ويعتبر في الطعام مطلقاً أن من باع طعاماً إلى أجل لم يجز أن يشتري بذلك الثمن ولا بعضه طعاماً وإن خالفه لا قبل الأجل ولا بعده إلا أن يكون ككيّله وصفته إن حمولة فحمولة وإن سمراء فسمراء ١ هـ. بلفظه. فكتب عليه في التوضيح ما نصّه: هذه المسألة نافعة للناظر في ملهيب ماله لدخول أشياء كثيرة تحتها وهي ليست من بياضات الأجل وإنما أتى بها والله أعلم لمناسبتها في إلغاء الوسط وهو اللريعة والألقب بها كتاب السلم والصلح، ومعناها أن من باع طعاماً مطلقاً ربوياً أو غيره بثمن إلى أجل لم يجز له ولا للمحال من قبله أن يأخذ بذلك الثمن ولا بعضه ثمن هو عليه طعاماً وإن خالفه قبل الأجل أو بعده إلا أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفة ومقداراً لعدم التهمة حينئذ وبعد حينئذ إقالة. وقوله بثمن إلى أجل يريد وكذلك الحال وتأخر قبض الثمن حتى افترق المتبايعان وليس هذا مخصوصاً في المذهب بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام من أجرة كراه أرض للمحرث، قال في المذونة: ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمان يمكن أن تنسج فيه لأنه إجارة مجهولة، وأخذ القصيل عن ثمن الشعير بعد زمان يصير فيه قصيلاً، ولا السيوف عن الحديد، وضابطه كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يقضى أحدهما عن ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها النسيج، وأخذ قصيل عن ثمن الشعير بعد مدة يمكن فيها نباته والله أعلم، هذا كله منه بلفظه، فاشحذ ذهنك في الفهم لتكون من أهل العلم إن كنت من أهل الحزم مستعيناً بمولاك الذي خلقك وسواك وفهمك وهداك. وقوله وضابطه إلخ لفقت ذلك بما نصّه:

وكل مال يبيعه قد حرموا بغيره لأجل قد حكموا

بينهما يمنع أخذه قضا عن ثمن لصاحب من مرتضى

ومثل ذاك أخذ لحم البقر عن ثمن لغنم فاعتبر

فصل في الجائحة في ذلك

وكل ما لا يستطيع الدفع له جائحة مثل الرياح المرسلة
والجيش معدود من الجوائح كفتنة وكالعدو الكاشح

نعرض في البيتين لتعريف الجائحة، فأخبر أنها كل ما لا يستطيع دفعه كالرياح العاصفة والجراد المنتشر، والجيش يز بالتخيل، والفتنة، والعدو، والمطر والبرد، والطير، والنار، ونحوهما. وفهم منه أن ما يستطيع دفعه كسارق ليس بجائحة وهو أحد قولين في المسألة قال في المدونة: قال ابن القاسم: كل ما أصاب الثمرة من الجراد، والرياح، والنار والغزو، والبرد، والمطر، الغالب والدود، وعفن، الثمرة، في الشجرة والسوم فذلك كله جائحة توضع من المبتاع إن أصابت الثلث فصاعداً، أو الجيش يز بالتخل فيأخذ ثمرته فذلك جائحة قال ابن القاسم ولو سرقها سارق كانت الجائحة أيضاً وقال ابن نافع ليس السارق بجائحة ابن يونس (وقول ابن القاسم أصوب) لأنه فعل مخلوق لا يقدر على دفعه كالجراد. اهـ والكاشح: المضرر للعداوة وهو نعت للعدو.

فإن يكن من عطش ما اتفقا فالوضع للثمن فيه مطلقاً
وإن يكن من غيره ففي الثمر ما بلغ الثلث فأعلى المعتبر
وفي البقول الوضع في الكثير وفي الذي قل على المشهور
والحقوا نوع المقائي بالثمر هنا وما كالياسمين والجزر

فصل في الجائحة في ذلك

وكل ما لا يستطيع الدفع له. إلى آخر البيتين.

قوله: (وقول ابن القاسم أصوب) قال في الشامل مختصراً لما في التوضيح ما نصه: الجائحة ما لا يمكن دفعه من سماوي وجيش، وقيل بسماوي فقط لا سارق على المشهور، وقيل والسارق، وقيل إن لم يعرف وإلا تبعه المشتري ملياً أو غيره اهـ. بلفظه. والشهير ذكره في التوضيح عن ابن عبد السلام وابن يونس صوب خلافه، وقول الشامل وقيل إن لم يعرف إلخ يقتضي أن هذا قيد فيه خلاف وليس كذلك وإنما هو قيد لقول ابن القاسم إنه جائحة إذا لم يعرف بلا خلاف عندهم، انظر الشرح في هذه الأمور ولا بد ولا بد، وما شهره ابن عبد السلام هو قول في المدونة وعليه أكثر الشيوخ كما في الباجي، بل في نوارل المعاوضات من المعيار أن السلطان الجائر إذا أخذ الثمرة المشتراة فذلك جائحة إلخ، وربما يشمل قول الفقهاء ما لا يستطيع دفعه.

(ص): فإن يكن من عطش ما اتفقا. إلى آخر الآيات الأربعة.

حاصل الآيات أنَّ الجائحة إن كانت من العطش فإنه يوضع عن المشتري ثمن ما اجتيع (قليلاً كان) أو كثيراً وإليه أشار بالإطلاق وإن كانت من غير العطش يفصل في ذلك ففي: الثَّمار لا يوضع إلا ما بلغ الثلث فأكثر، ويلحق بالثَّمار في اعتبار الثلث أنواع المقائي وما كالباسمين، ومغيب الأصل كالجزر حسبما صرح به النَّاظم في البيت الرَّابِع على بحث يأتي معاً في مغيب الأصل. وأمَّا البقول فتوضع جائحتها قلت أو كثرت على المشهود. قال مالك: من اشترى شيئاً من البقول السلُق والبصل والجزر والفجل والكراث وشبه ذلك فإنه يوضع قليل ما أجيح من ذلك وكثيره. ابن المَوَاز: واللُّقْتُ، والأصول، المغيبة في الأرض عما لا ينخر هي بمنزلة البقل. سحنون: وأمَّا الزَّعفران والرَّيحان، والبقل، والقرط، والقضب فإنَّ الجوائح توضع في قليلها وكثيرها ولا تصحَّ فيها المساقاة هـ من المَوَاز. (تنبيه: ما ذكره النَّاظم) من إلحاق مغيب الأصل كالجزر بالثَّمار فلا توضع جائحتها إلا إذا بلغت الثلث هو أحد قولين في المسألة ونقله في العتيبة عن سحنون عن ابن القاسم حسبما نقله الشَّارح وتقدم قريباً في نقل المَوَاز أنه بمنزلة البقل توضع جائحتها وإن قلت وعليه درج الشَّيخ خليل حيث قال وتوضع من العطش وإن قلت كالبقول والزَّعفران والرَّيحان والقرط والقضب وورق التَّوت ومغيب الأصل كالجزر والجزر الإسفرانية وانظر هل يحاول على إفادة الخلاف في مغيب الأصل من النِّظم وذلك إن أعربنا قوله والجزر مبتدأ وقول: في البيت بعده والقضب عطفٌ عليه وجملة به قولان خبرٌ عن الجزر وما عطف عليه وباء به ظرفيةٌ وضميرها للمذكور من جزرٍ وقصبٍ لأنَّ ذكر الخلاف أولى من الانتصار على غير المشهور. ونقل الشَّارح عن الاستغناء ما نصه: من جعل في الفجل والجزر واللُّقْتُ والأصول المغيبة الجائحة في الثلث فصاعداً يجعل فيها الشَّعْعة. ومن جعل الجائحة فيها في القليل والكثير كالبقول لم يجعل فيها الشَّعْعة والأحسن قول المدونة أن لا شَّعْعة فيها وليست كالباذنجان والمقائي لأنَّ هذه لها ثمرة تخرج عن أصولها فتحتى أي الأصول، اهـ قوله وليست كالباذنجان والمقائي أي اللذين لا توضع جائحتهما إلا إذا بلغت الثلث بل توضع من مغيب الأصل وإن قلت لأنها إذا جنبت لم يبق لها أصلٌ. تنبيه ثانٍ: يتعلّق بقول النَّاظم وإن تكن

قوله: (قليلاً كان إلخ) أي ما لم يكن تافهاً لا خطباً له وهذا هو البين، وقد نصَّ عليه المتطعي وغيره، وهو في أنفاس ابن النَّاظم أيضاً وإن كان ظاهر المدونة الإطلاق، وكذا كلام غير واحد، وقد ذكرنا ذلك في الشرح، وهذا جار أيضاً في البقول لأن غالب جائحتها من العطش كما في التوضيح.

قوله: (تنبيه: ما ذكره النَّاظم إلخ) مغيب الأصل قال فيه في التوضيح: ملهَب المدونة أنه كالبقول، ولكن كون جائحتها في الثلث قول قوي كما يدلُّ عليه كلام ابن النَّاظم، وانظر الشرح إن شئت هنا وفي باب الشَّعْعة عند قول المتن وكثيرة إلخ، وما طول به هذا الشَّارح فلا يخفَّاك بعد معرفة الفقه.

من غيره ففي التمر البيت أشار الشيخ خليلٌ للمسألة بقوله: وتوضع جائحة الثمار كالور والمقائي قال الشيخ ابن غاري: نبه بالثمار على ما يدخر كالتمر والعنب ونبه بالموز على ما لا يدخر كالخوخ والرمان ونبه بالمقائي على ما يطعم بطونا كالورد والياسمين حسبما هو مبسوط في المدونة وينطبق قوله وإن بيعت على الجذ على الجميع اهـ.

والقصب الحلو به قولان كورق التوت هما سيان

يعني أن: في القصب الحلو وورق التوت قولين هل يلحقان بالثمار؟ فلا توضع الجائحة فيهما إلا إذا بلغت الثلث فأكثر أو يلحقان بالقول فتوضع جائحتهما وإن قلت، نقل الشارح عن النوادر أن الجائحة في قصب السكر لا توضع حتى تبلغ الثلث. وأنه قول ابن القاسم. ثم نقل عن كتاب ابن الموار أن الجائحة توضع في قصب السكر وإن قلت. ونقل أيضاً عن الواضحة قال وجائحة ورق التوت الذي يباع ليجمع أخضر لعلف دود الحرير كجائحة البلح وشبهه يوضع الثلث فصاعداً وليس كالبقول. وروى أبو زيد في ورق التوت عن ابن القاسم في العتبية أنه كالبقول يوضع منه ما قل وما كثر (وذهب الشيخ خليل) على عدم الجائحة في قصب السكر رأساً لا يجوز بيعه حتى يطيب ويكفن قطعه وليس هو ببطون وقيل فيه الجائحة وعلى هذا فهل هو كالثمار أو كالبقول؟ القولان المتقدمان وإنما شرحنا القولين في قصب السكر بما ذكر دون القول بالجائحة وعدمها ليوافق القولين في ورق التوت على أنه كالبقول توضع جائحته وإن قلت لكونه قول ابن القاسم.

وكلها البائع ضامن لها إن كان ما أجيح قبل الانتهاء

يعني أن: الثمار كلها في ضمان البائع فيرجع عليه بجائحتها إذا أجيحت قبل انتهاء (ص):

(والقصب الحلو به قولان كورق التوت هما سيان)

قوله: (وذهب الشيخ خليل إلخ) ما مر عليه في المختصر هو مذهب المدونة ولكن في المسألة خلاف قوي وأنه فيه الجائحة إذا بلغ الثلث وهو قول ابن القاسم ورواه عنه سحنون في المدونة، قال ابن يونس هو القياس واستحسنه وهو الذي قاله ابن حبيب وقد حصل فيه أي القصب الحلو ثلاثة أقوال: إسقاط الجائحة وثبوتها في القليل والكثير وثبوتها إن بلغت الثلث، فما في النظم قوي من وجوه الشفقة فيه إن بلغ الثلث قافهم، ومر في المختصر على الجائحة في ورق التوت وإن قلت، وفي أبي الحسن ورق التوت كالبلح جائحته الثلث فصاعداً. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه كالبقول إلخ فمر في المختصر على قول ابن القاسم عادته في الغالب.

(ص):

(وكلها البائع ضامن لها إن كان ما أجيح قبل الانتهاء)

الطيب ومفهومه أن ما أجيح بعد انتهائه فلا يرجع به على البائع وضمائنها حيثئذ من المشتري وإنما كانت في ضمان البائع قبل انتهاء الطيب لأن للمشتري حقاً على البائع في إبقاء الثمرة في أصولها لصلاحها وكمال طيبها فقد بقي له فيها حتى توفية وله على البائع سقيها وظاهر النظم أن بانتهاء الطيب تخرج من ضمان البائع وإن لم يمض من الزمان ما يمكنه فيه قطعها. وهو أحد أقوال ثلاثة. (قال الخطّاب ناقلًا عن ابن رشد) في المقدمات أحدهما أن الثمرة تدخل في ضمان المشتري ويسقط عن البائع فيها حكم الجائحة بتناهي طيبها وإن لم يمض من المدة بعد تناهي طيبها ما يمكنه فيه قطعها الثاني: من الأقوال أنها لا تدخل في ضمانه ولا يرتفع عن البائع حكم الجائحة إلا بعد تناهي طيبها وأن يمضي من المدة بعد تناهي طيبها ما لو شاء المبتاع أن يجذّها فيه جذّها. الثالث: أنها لا تدخل في ضمانه ويرتفع عن البائع حكم الجائحة حتى يمضي من المدة بعد انتهاء طيبها ما جرى عليه العرف من التراخي في ذلك واشترى عليه المشتري ودخل عليه البائع لأن العرف بين عندهم كالشرط وهذه مسألة جيدة مستقصاة محصلة غاية التحصيل لم أرها مجموعة ولا مخلصّة محصلةً متقدّم ولا سمعتها من متأخّر والله الموفق الهادي بعونه اهـ كلامه ونقله ابن عرفة بتمام معناه في أوجز عبارة والطف إشارة. ونصه ابن رشد فيما أجيح قبل كمال طيبه: الجائحة اتفاقاً لحق المبتاع في بقائها حتى تبيس وما أجيح بعد إمكان جذّاده بعد طيبه وقبل مضي ما يؤخّر إليه جذّه عادة يجري على اختلاف قول مالك في البقول وما أجيح بعده من مبتاعه اتفاقاً ففي كون الثمرة من مبتاعها يتناهي طيبها وإن لم يمض ما يمكنه فيه جذّها أو بمضيها. ثالثها: بمضي ذلك وما يجري العرف بالتأخير إليه وهذا تحصيل لم أره لغيره اهـ وقول ابن عرفة في الوجه الثاني على اختلاف قول مالك في البقول أي لأنه قال مرةً فيها الجائحة، ومرةً لا جائحة فيها. فالثمرّة بعد بدو صلاحها كالبقول ويجري الخلاف في هذا الوجه أيضاً على الاختلاف في ضمان المكبل إذا تلف بعد أن يتلى في يد المشتري وقبل أن يفرغه في وعائه.

قوله: (قال الخطّاب ناقلًا عن ابن رشد إلخ) هذه مسألة كثر فيها الكلام وشاع فيها الخصام بين الفحول الأعلام وقد استوفيناه في الشرح، والذي تحصل لنا من كلامهم بعد تأمله أن ما اشترى بعد اليس كالتمر بالمتناة والزرع فلا جائحة فيه أصلاً لأنه كصبرة، وكذا ما انتهى طيبه وأخر لسوق أو لشغل، وأما إن انتهى طيبه والعادة أنه يؤخذ مرة واحدة فلا جائحة فيه، وإن كان العادة فيه أنه يؤخذ شيئاً فشيئاً ففيه الجائحة، كالمشتري على القطع فإن فيه الجائحة لكونه لا يؤخذ مرة واحدة، وأما إذا انتهى طيبه وبقي لحفظ نضارته ففيه خلاف، وظاهر المختصر لا جائحة فيه، ولكن إنما يحسن ذلك فيما يقطع مرة واحدة بحسب العادة، وظاهر المختصر مذهب ابن القاسم وهو المشهور كما في المتطعي، وبه يسقط اعتراض ح على المختصر، وكذا من تبع ح. وأما قولنا يحسن إلخ أي وأما إذ انتهى طيبه والعادة أنه يجذّ شيئاً فشيئاً فظاهر كثير من النقول أنه لا جائحة فيه ولكن يشكل ما يبيع على الجلاذ وهو قول المتن وإن بيعت على الجلاذ أي فيها الجائحة، وقد

تنبيهات: الأول: لم يذكر النّاطم كيفيّة الرجوع على البائع بالجائحة وفي ذلك تفصيل لأن الثمار على قسمين: الأول: أن يكون ما بيع من الثمر ممّا شأنه أن يبيع ويذخر ويحبس أوّله على آخره حتّى يجذّ جميعه، ومواء كان ممّا يحرص أو لا وذلك كالتمر، والعنب، والزيتون، والجوز واللوز، والفستق، ونحو ذلك فهذا إذا أبيع منه القدر المعتبر في الجائحة وهو ثلث المكيّلة فأكثر وضع عن المشتري نسبة ما أبيع من الثمن قولاً واحداً. ولا يلتفت هنا إلى القيمة فإن أبيع مثلاً ثلث مكيّلة الحائط وضع عن المشتري ثلث الثمن، أو النصف وضع عنه نصف الثمن ونحو ذلك وإن أبيع أقلّ من ثلث الثمرة في المقدار لم يوضع عنه شيء ولا تقويم في هذه الأشياء لأن لمبتاعها تعجيل جدّها أو تأخيرها حتّى تيسر. وقريب من هذا اللفظ في المدونة قال الشّيخ أبو الحسن الصّغير لا تقويم في هذه الأشياء لأن قبة المجاح وغيره متساوية لا تتفاوت فلا فائدة للتقويم بخلاف ما يتفاوت طيبه وما اختلفت بطونه فإن القيمة فيه مختلفة. ١ هـ القسم الثاني: قال ابن القاسم: وما يبيع ممّا يطعم بطوناً كالمقاني والورد، والباسمين، وشبهه أو من الثمار، أو ممّا لا يحرص ولا يذخر ممّا يطعم في كرة إلا أنّ طيبه يتفاوت، ولا يحبس، أوّله على آخره كالنّساج، والرّمان، والخرق والتّين فإن أبيع شيء من ذلك نظر فإن كان ما أصابت الجائحة منه قدر ثلث الثمرة في الثّبات فأكثر أوّل مجناه أو وسطه أو آخره حطّ من الثمن قدر قيمته في زمنه من قيمة باقيه كان في القيمة أقلّ من الثلث أو أكثر. وإن كان المجاح من الجميع أقلّ من الثلث في كيل أو وزن لا في القيمة فلا يوضع فيه جائحة رادت قيمته على الثلث أو نقصت مثل أن يتناع مقنّاة بمائة

سأل ابن عبدوس مسحوناً فقال: لم أجعل فيها الجائحة أي الثمرة المشتراة على الجذاذ ولا سقي على البائع فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئاً فشيئاً وعلى قدر الحاجة، ولو دعاه البائع على أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك إلخ. وقد نقلناه في الشرح والمدونة فيها أن الجائحة فيما اشترى على الجذاذ، ولعل الجواب عن ذلك أن ما تناهى طيبه يمكن جدّه مرة واحدة إذ لا فساد في ذلك في الجملة، ولا كذلك ما اشترى على الجذاذ كما يفهم من تعليل ابن يونس في كون الجائحة فيما اشترى على الجذاذ، والحاصل الضرر في قطع ما لم يطب في مرة أكثر ممّا طاب في قطعه مرة واحدة، ويحتمل وهو الظاهر أن من قال لا جائحة فيما تناهى هو حيث لم يجر عادة بقطعه شيئاً فشيئاً، ومن قال فيه الجائحة هو حيث تكون العادة جدّه مرة بعد مرة وعليه فلا اختلاف بينهم لكن لم أر من قاله لكنه ظاهر من تأمل كلامهم، وقد نقلناه في قول المختصر على هذا، وإن بيعت على الجذّ أي وبأخذها شيئاً فشيئاً يفهم منه أن قوله وإن تناهت إلخ أن ذلك حيث تجري عادة بقطعه مرة واحدة ويدل للجمع المذكور من فصل في ذلك وقد نقلناه في كلام ابن عرفة، فمن قال لا جائحة أراد ما يقطع في مرة، ومن قال بالجائحة أراد غير مرة وهذا تفصيل المنصل، فالملطوق لكلامه يقيد بكلام غيره إذا ظهر لذلك وجه احتمال الأمر التقييد فافهم قوله وحاصله إلخ، هذا في كلام طويل في الشرح واختصاره يطول بنا فانظره إن شئت.

درهم فأجبح بطناً منها ثم جنى بطنين فانقطعت فإن كان المجاح بما لم يجح قدر ثلث الثبات بعد معرفة ناحية الثبات وضع قدره. وقيل ما قيمة المجاح في رمنه؟ فبيل ثلاثون والبطن الثاني عشرون والثالث عشرة في زمانها لغلاء أوله. وإن قلّ ورخص آخره وإن كثر فيرجع بنصف الثمن. وكذلك لو كان المجاح تسعة أعشار القيمة لرجع بمثل من الثمن وإن كان أقل من الثلث في الثبات لم يوضع منه شيء. وإن كان قيمته تسعة أعشار الصفقة وكذلك فيما يتفاوت طيبه بما ليس بطناً بعد بطناً هـ من المواق وهذا الذي ذكره هو المشهور وحاصله أنه يقوم المجاح في وقته وغير المجاح في وقته ثم ينسب قيمة المجاح من المجموع، فإن كانت ثلثاً رجح بثلث الثمن، وإن كانت ربعاً رجح بربع الثمن، وإن كان وإن نصفاً رجح بنصف الثمن، وهكذا. وقيل إن الجائحة معتبرة بثلث القيمة فإن أجبح قيمة ثلث ذلك أو أكثر وضع عن المشتري نسبة ذلك من الثمن وإلا فلا. وهذا قول أشهب في المدونة أيضاً وغيرها وإلى هذين القولين أشار الإمام ابن الحاجب بقوله: ويعتبر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة مطلقاً عند ابن القاسم فيحط من الثمن قدر قيمته من باقيه كانت أقل من الثلث أو أكثر وقال أشهب: المعتبر ثلث القيمة، ولو كان يحبس أوله على آخره كالعنب، والرطب، فبالمكيلة باتفاق. هـ فبقوله مطلقاً عند ابن القاسم أي: كان بما يطعم بطناً أو بطوناً كالمقائي، والورد، والباسمين ويحتمل: بلغ ثلث القيمة أم لا وقوله: قدر قيمته أي: قيمة المجاح الذي هو الثلث فأكثر منسوباً من قيمة المجموع ما أجبح وما لم يجح كما تقدم فبتلك النسبة يرجع من الثمن. وقوله باتفاق قال في التوضيح حكى جماعة هذا الاتفاق كالمؤلف لكنه مقيّد بأن يكون صنفاً واحداً ولو كان أصنافاً كالبرني والجعروري والصيحاني لجرى على الخلاف. ا هـ. أي: المتقدم بين ابن القاسم وأشهب هل المعتبر المكيلة أو القيمة؟ الثاني: إذا بقي بعد الجائحة شيء فإنه يلزم المشتري بما ينويه من الثمن وإن قلّ وليس له ردّ ذلك على البائع وأخذ جميع ثمنه كما إذا استحقّ جلّ المبيع إذ لا سبب للبائع في الجائحة ففارق ذلك حكم الاستحقاق والردّ بالعيب. قاله ابن رشد وإلى ذلك أشار الشيخ خليل بقوله: ولزم المشتري باقياها وإن قلّ. الثالث: غلّو السعر غير مسقط للرجوع بالجائحة قال الخطّاب صرح بذلك ابن شعبان في الزاوي ونصّه ولو أجبح وغلا ثمن الثمرة حتى زاد على المعلوم من الأثمان لو لم تكن جائحة ما سقطت. ا هـ، ومن أراد تتبع مسائل هذا الفصل فعليه بتأليف الإمام الخطّاب في مسائل الجوائح المسمّى بالقول الواضح في مسائل الجوائح. الرابع: إنما قلّمنا في هذا الفصل بعض الأبيات على بعض لما رأينا في ذلك من المناسبة والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

بيع الرقيق أصله السلامة وحيث لم تذكر فلا ملامة
وهو مبيعٌ للقيام عندما يوجب عيبٌ بالمبيع قدماً

يعني أن: الأصل في بيع الرقيق السلامة من العيب فإن نصّ عليها فلا إشكال، وإن تذكر فلا ملامة في عدم ذكرها، والبيع محمولٌ عليها، وإن سكّت عنها استصحاباً للأصل فلذلك كان للمشتري القيام بالعيب القديم يجعله بالمبيع لا يحدث مثله عند المشتري ما لم ينصّ على البراءة فلا قيام للمشتري على البائع حيث بعيبٌ إلا بما ثبت تدليسه به. وإلى إباحة قيام المشتري بالعيب القديم أشار المؤلف بقوله: وهو مبيعٌ البيت والضمير لبيع الرقيق الذي أصله السلامة يعني ما لم يدخل على البراءة فلا قيام له كما ذكر. قال ابن مسلمون: بيع الرقيق على وجهين على السلامة من العيوب وعلى البراءة ويكتب في الوجه الأول اشترى فلانٌ من فلان مملوكاً روميةً اسمها كذا، أو مملوكاً سوداء جناوية أو بربرية اسمها كذا، أو مملوكاً اسمه كذا ونعته كذا، بشئ مبلغه كذا يدفعه لاجل كذا وقبض المشتري ما اشتراه بعد النظر، والتقليب، والرضا على الصّحة من جميع العيوب، أو بعد العلم أن بها من العيوب كذا وكذا فرضيها، والتزمها، وعلى السلامة ممّا عدا ذلك، وشهد عليها بذلك وبحضر المملوك، وعلى عينها وإقرارها بالرقّ لبائنها المذكور إلى أن عقد عليها هذا البيع المسمى وفي تاريخ كذا. بيان: فائدة الاعتراف بالرقّ أنّه قد ثبتت حرية والبائع عديم والعبد أو الأمة ذو مال فيرجع عليه بالثمن. وفي كتاب الاستغناء أنّه لا قيام له بعد ذلك بالحرية إن ادّعاهما وقلنا على الصّحة والسلامة بيانٌ حسنٌ وإن سكّت عنه فالبيع محمولٌ على ذلك الوجه حتى ينصّ فيه أنّه على البراءة وحكم هذا البيع أنّ ما ألقى في المبيع من عيبٍ أقدم من أمد البيع رجع به. ١ هـ ويأتي الكلام على بيع البراءة حيث ذكره الناظم.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

(ص): بيع الرقيق أصله السلامة. إلى آخر البيتين. قال في المختصر: ومنع منه بيع حاكم ووارث رقيقاً فقط بين أنّه أرث وخير مشتر ظنه غيرهما وتبرّى غيرهما فيه ممّا لم يعلم إن طالت إقامته، وإذا علمه بين أنّه به ووصفه أو أراه له ولم يحمله اهـ. فقله رقيقاً فقط هو راجع لبيع الحاكم والوارث كما هو ظاهر المتن وإن كان في المسألة خلاف، وهذا هو الذي يظهر رجحانه من الخلاف ولا يشترط في الحاكم والوارث أن يتبرّا من العيب كان يسير أو لا وإنما يشترط أن يكون البائع حاكماً أو وارثاً فقط وإذا لم يعلم المشتري بأن من باع منه حاكم ولا وارث ثم اطلع على أنّه حاكم أو وارث فله الخيار في حل البيع عنه وإن لم يظهر عيب في المشتري لانه بيع براءة ولم يعلم بذلك وهو قول المتن وخير مشتر إلخ. وقوله: ومنع منه أي ولو وقع الشراء ببراءة وبيع

(فرع: نقل الشارح) عن المقرَّب ما نصَّه ولمالك في سماع أشهب أنه قال: من اشترى بالبراءة فلا يبيع بيع الإسلام وعهده حتى يخبر أنه اشتراه بالبراءة ومن اشترى بيع الإسلام وعهده فلا يبيع بالبراءة لأن هذا مما يكون في مثله التَّدليس إلا رجلاً باع لدين عليه، أو في ميراث، أو بيع السلطان فإن لهؤلاء أن يبيعوا بيع البراءة وإن كانوا قد ابتاعوا بيع الإسلام وعهدة الإسلام. ١ هـ.

والعيب إما ذو تعلُّقٍ حصل ثبوته فيما يباع كالشَّلَل
أو مالا له تعلُّقٌ لكنَّه منتقلٌ عنه كمثُل الجنَّة
أو بائنٌ كالزَّوْج والإباق فالردُّ في الجميع بالإطلاق
إلا بأوَّلٍ بما منه ظهــر لمن يكون بالعيوب ذا بصر
والخلف في الخفي منه والحلف يلزم إلا مع تدبُّرٍ عـرف

يعني أن: عيوب الرقيق على ثلاثة أقسام: - أحدها: أن يكون متعلِّقاً به تعلُّق ثبوت لا يتقلُّ عنه كالشَّلَل والقطع والكي ونحو ذلك والثاني: أن يكون متعلِّقاً به تعلُّق انتقال كالجنون، والبول في الفراش ونحو ذلك. والثالث: أن يكون بائناً عنه كالسَّرقة والإباق والزَّوْج ونحو ذلك. وإلى هذه الأقسام أشار باليتين الأوَّلين وشرط الثالث والشَّلَل ييس الكفَّ للرجح أو غيره فمن اشترى رقيقاً فوجد فيه عيباً قديماً من القسم الثاني والثالث فله الردُّ به كان المشتري عارفاً بالعيوب أو غير عارف بها، وكذلك له الردُّ بعيوب القسم الأوَّل لغير العارف ظاهراً كان العيب أو خفياً. وأمَّا العارف فلا ردُّ له بما كان منه ظاهراً، تقدِّماً للغالب الذي هو رؤيته والعلم به على الأصل الذي هو الجهل به وأمَّا الخفي ففي رجوع العارف به قولان: أحدهما: أنه لا ردُّ له رواه ابن حبيب وغيره من مالك. والثاني: أنه يردُّ

الحاكم ونحوه ولم يذكروا أنه بيع براءة فإنه لا يرجع المشتري. وجلبنا نص ذلك عند قول المتن كبيع بعهد ما اشتراه ببراءة. وقوله: وتبري غيرهما فيه أي في الرقيق، والإقامة الطويلة حددت بستة أشهر. وقوله: وإذا علمه أي علم العيب. وقوله: بين أنه به أي المبيع ولا فرق حيث يكون العيب بالمبيع بين أن يكون المبيع رقيقاً أو غيره، وإنما يفترق الرقيق من غيره في التبري من العيب الذي لم يعلمه البائع فيصح ذلك في الرقيق ولا يصح في غيره لأن الرقيق يكتم عيبه في الجملة، وهنا كلام طويل في الشرح واكتفينا بهذا لتفهيم به ما أشار إليه هذا الشارح.

قوله: (فرع: نقل الشارح) صدر هذا الفرع هو قول المتن: كبيع بعهد ما اشتراه ببراءة ونقلنا هذا الكلام بتمامه هنا.

(ص): والعيب إما ذو تعلُّق حصل إلى آخر الأبيات الخمسة.

بعد أن يحلف ما رآه. قوله ابن القاسم إلا أن يكون مع بصره غير متهم لتدنيته فله الرد في الظاهر والخفي دون يمين. وإلى الرد بما ذكر إلا ما استثنى منه أشار بقوله: فالرد في الجميع بالإطلاق إلا بأول إلى آخر البيتين وضمير منه في البيت الرابع والخامس للقسم الأول من العيوب. وقوله ألخلف في الخفي منه إلخ يعني والمسألة بحالها من كون المشتري ذا بصر بالعيوب وحلفه مفرغ على أن له الرد كما تقدم على أن تقسيم المشتري إلى كونه عارفاً بالعيوب أو لا (إنما يظهر معناه في القسم الأول) فقط عما هو متعلق بالمبيع إذ هو الذي يفرق فيه العارف من غيره. وأما القسمان الأخيران فالعارف وغيره فيهما سواء. وإنما يذكر فيهما تمييزاً للتقسيم لا غير قال الشارح: وأما ما تعلق من العيوب بالأبدان تعلق انتقال أو كان بائناً عنها فللمبيع الرد به نخاساً^(١٠٠) كان أو غيره.

قوله: (إنما يظهر معناه في القسم الأول إلخ) قد أطال الناس الكلام في العيب الخفي وضله ومن له بصيرة ومن لا، وجمعناه كلام الناس في الشرح كلام ابن عرفة ومن قبله ومن بعده بحسب ما أقدروا الله عليه عند قول المتن: والقول للبائع وفي موضع آخر من شرحنا، وملخص كلام الناس على التحقيق بحسب فهمنا هو أن المشتري للشيء الحاضر إذا غلب على الظن أنه اطلع على العيب فلا كلام له وإلا فله الرد، ولا فرق في سبب ظننا أنه رضي بما ذكر كان من جهة كون العيب ظاهراً ظهوراً بيناً لا يخفى على من نظر المبيع وقلبه، أو من جهة بصيرة المشتري بالعيب أو من طول المدة التي باشر فيها المبيع، ويراعى تدني المشتري وخيانتته وتبليده وفطانتته وتقليبه تقليباً تاماً وغير تام ووقتاً دون وقت، فإن بعض الأوقات تظهر فيه العيوب ظهوراً تاماً وتخفى بعض الأوقات وغير ذلك، كقوة الضوء وضعفه، وقلة الأبصار وضعفه، وتسيير الدابة وعدمه، والحمل عليها وعدمه، وهي أمور كثيرة لا تكاد تنحصر، ومعيارها غلبة الظن أنه اطلع على العيب وكلام الناس دال على هذا، ومن ارتاب فالعرب بالبواب فلينظر الكتاب، وإذا قلنا لا يلزمه المبيع فيحلف إن أمكن إطلاعه على العيب حين قلبه أو استعمله وإلا فلا يمين، ولا يحلف مشتر ادعيت رويته والقرينة ظاهرة، وذكروا أن البائع إذا حقق الدعوى على المشتري أنه رأى العيب فإنه يحلف وإن اتهمه فقط فالتهمة تضعف وتقوى، ولا بد من قرائن الأحوال في هذا كله والنظر لقرائن كل نازلة نازلة، إذ كل نازلة لها قرائن تحف بها كما في المعيار، وفي المختصر: إن قامت قرينة فعلها وهذا بحر لا ساحل له، ولكن من له عقل يخوضه ويسلم إن أعانته الله تعالى وأخلص عمله له تعالى، ألا ترى إلى رجل ليس له إلا ما يشتري به حماراً باعتباره ظاهر حاله وهو عارف بأحوال الدواب إذ هو يخدم عليها واجتهد في تقليب حمار حين اشتراه وشاور غيره من العارفين وبينه عنده وركبه واستخدمه وعلقه ثلاث ليال مثلاً وهو له فطانة في هذا الأمر وتكرر شراؤه للحمير منذ أزمنة يبيع حماراً أو يشتري غيره أو يموت له الأول فيشتري غيره ثم وجد العيب فيه بعدها ثم قام وادعى عدم رويته لذلك العيب وهو قد يظهر عند التقليب التام ويخفى عند غير

١٠٠: النخاس: هو بائع الرقيق والدواب.

تفريع: إنما يثبت للمشتري الردّ بالعيب إذا أثبت العيب وكونه قديماً أي قبل البيع ولم

التمام وذلك بإيض بعينه مثلاً فإنه لا ردّ هنا بذلك لأن القرائن دلّت على كذبه وأنه في الغالب رآه، ولو كان رجل له أموال واشترى هذا الحمار معه ببلادة ولم يبيته ولا شاور ولا ركب وإنما دفعه يرعى مع دوابه بعد تقليبهِ على ما يقتضيه حاله فإن أمر هذا بالمكس لما تقدم، وهكذا يجب على القاضي النظر لهذه الأمور، والقاضي اليوم يؤتى برقعة فيها شهادة رجلين يسميان بيطين فيقولان هو عيب يخفى عند التقلب ويحكم بذلك بلا تردد ولا بحث في كونهما يعرفان بضمن ما أشرنا إليه من المحصل أم لا، وهذا تفويت أموال لا تحصى فإنا لله وإنا إليه راجعون ما كان القضاء هكذا، ومن وقف على أحكام ابن سهل والوثائق المجموعة لابن فتوح والمتنطية وغيرها ظهر له احتياط القضاة في هذه الأمور مع قلة دين البيطرة وتمجيز الكاتب السامع منهم وعدم تنقيح القاضي وسؤال إياهم عما شهدوا به وما سبب علمهم بذلك، وكذا إن شهد له غير البيطرة بأن فلائاً من البيطرة فيعتمد قوله سيما إذا وجدت الداهية العظمى والطامة الكبرى وهي كونه يقبض أجرة وضع يده على الرسم الذي فيه شهادة البيطرة مثلاً فإنه يطلب تصحيح الرسم ما أمكن ليتم له قبض الأجرة وأحرى كاتب الشهادة وأحرى البيطار، ومن عانى القضاء علم هذا ضرورة، ولكن إن كان ذا خشية من عذاب الله الذي لا يطاق خوف من سحق الواحد القهار، اللهم يا من له الرحمات التي ليس لها نهايات ارحمنا برحمتك ونب علينا بهباتك فإنك جواد كريم غفور رحيم، وقد لفتنا في هذا الأمر المشار إليه ما نصّه:

وكل ما خفي لدى التأمّل	من العيوب غالباً قد ينجلي
ردّ به مثل عمى قد حصل	في قائم العينين فانهم واعقل
تلخيص ما ذكر مهما غلبا	على الظنون أي عيب غيبا
من مشتري بأي وجه حصل
فرقة ممتنع وضدّ ذا	بمعكس ما ذكر قل يا حبذا
لكنه يحلف ما قد علما	مع احتمال علمه فلتفهما
ثم نجاة في جميع ما ذكر	تبع الحق يبحث يتشعر
فكل حوادث من النوازل	تحفّه قرينة يا عاقل
أو عدد منها وفهمها يجب	على القضاء قبل حكم قد طلب
ومع ذا إذا نجح فقد رحم	لكن ذا يعلمه من قد فهم
نجحنا يا رب من الخطايا	أنت غفور مالك البرايا

قوله: (تفريع إنيش) هذه مسائل في المختصر وتكلم عليها شراحه وجلب ذلك يطول، وكلام

يدخل عليه المشتري، ولا رضي به بعد الشراء فإذا تنازعا في وجود العيب الخفي فقال في التوضيح: قال في الجواهر لا يقبل دعوى المبتاع إن باع له عيباً دون أن يبينه بالمشاهدة إن كان مشاهداً أو بالبينّة إن كان غير مشاهد ابن الحاجب: فإن لم يوجد عدولٌ قبل غيرهم للضرورة. قال الباجي: ولو كانوا غير مسلمين وسيأتي هذا للنظام آخر الترجمة. وإذا تنازعا في قدم العيب وحدوده فقال: في التوضيح: لا يخلو العيب إما أن يكون ممّا لا يحدث عند المشتري أو ممّا يعلم أنّه لا يكون عند البائع فالقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه. أو يكون محتملاً فيثبت المبتاع بالبينّة فإن لم توجد البينّة فالقول قول البائع مع يمينه إذ الأصل لزوم العقد. اهـ فقلوه ممّا لا يحدث عند المشتري أي لظهور علامة قدمه. وقوله، أو ممّا يعلم أنّه لا يكون عند البائع أي لظهور علامة حدوده وقوله فالقول قول من قوي سببه هو المشتري في الصورة الأولى والبائع في الثانية. وإذا تنازعا في دخول المشتري على العيب فادّعى البائع أنّه أخبره بالعيب أو أراه إيّاه وأنكر ذلك المبتاع فإنه يلزم المبتاع اليمين فإن حلف ردّ بالعيب وإن نكل حلف البائع وبرئ منه. قاله الباجي: نقله في التوضيح. وإذا تنازعا فادّعى البائع أنّ المشتري علم بالعيب ورضيه ففي المدونة ليس له أن يحلف المبتاع إلا أن يدّعي أنّه علم رضاه بمخير أخبره. أو يقول قد بينته له فرضيه. قال فيها وكذلك إن قال له أحلف أنّك لم تر العيب عند الشراء فلا يمين عليه حتّى يدّعي أنّه أراه إيّاه فيحلف. قاله في التوضيح: وكيفية دخول المشتري على العيب أنّ العيب لا يخلو إما أن يتفاوت في نفسه بالقلّة والكثرة أو لا، فالثاني يبرأ بتسميته كقطع اليد والعور مثلاً وأمّا الأوّل فلا تنقطع حجة المشتري فيه إلا بثلاثة شروط: - الأوّل: أن يقول هو به ابن المؤاز: ولا ينفعه لو أفرد فقال أبيعك بالبراءة من كذا حتّى يقول: إنّ ذلك به. ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بمشاهدة، أو خبر يقوم مقامها. ثالثها: أن لا يجمله من غيره ممّا ليس فيه لآته إذا ذكر له ما ليس فيه اعتقد المبتاع أنّ جميع ما ذكر كذلك فكان بمنزلة من لم يبرأ من عيب قاله في التوضيح: وإلى هذه الكيفية أشار في مختصره بقوله وإذا علمه بين أنّه به ووصفه أو أراه له ولم يجمله.

وحيث لا يثبت في العيب القدم	كان على البائع في ذاك القسم
وهو على العلم بما يخفى وفي	غير الخفي الحلف بالبتّ اقتفي
وفي نكول بائع من اشتترى	يحلف والحلف على ما قرّرا

هذا الشارح فيها لا بأس به، ونص المختصر: والقول للبائع في العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة للمشتري وحلف من لم يقطع بصدقه، وقيل للتعلم غير عدول وإن شركين ويمينه بعت وفي ذي التوفية وأقبضته وما هو به يتأني الظاهر وعلى العلم في الخفي.

(ص): وحيث لا يثبت في العيب القدم إلى آخر الآيات الثلاثة:

تقدّم أنّه إذا وقع النزاع في قدم العيب وحدوثه، ولم يثبت واحدٌ منهما فالقول قول البائع مع يمينه. وإذا قلنا بحلفه فهل يحلف على البتّ، أو على العلم؟ فيه تفصيل: فإن كان العيب ممّا يخفى حلف على العلم. وإن كان ظاهراً لا يخفى حلف على البتّ. فإن نكل البائع حلف المشتري وردّ. وحلفه كما ذكر في البائع على العلم في الخفيّ وعلى البتّ في الظاهر. قال في المدونة: قال مالك: إن كان العيب ممّا يمكن حدوثه عند أحدهما فإن كان ظاهراً لا يخفى مثله حلف البائع على البتّ أنّه ما باعه وهو به وإن كان ممّا يخفى مثله ويرى أنّه لم يعلمه حلف البائع على العلم أنّه ما باعه وهو به وعلى المتابع البيّنة أنّ العيب كان قديماً عند البائع. وفي التوارد من سماع عيسى عن ابن القاسم وإذا كان عيبٌ يحدث مثله ويقدم حلف البائع على العلم فيما يخفى وعلى البتّ فيما لا يخفى فإن نكل في الوجهين حلف المتابع على العلم. قال في كتاب محمدٍ يحلف البائع في البتّ والعلم.

(قال الشارح اعتمد الشيخ) ما في كتاب ابن المؤاز من كون حلف المتابع كحلف البائع في العلم والبتّ دون رواية عيسى لأنّه الذي جرت به الأحكام. وفي المختصر: ويمينه بعته وفي ذي التوفية، وأقبضته، وما هو به ينافي الظاهر، وعلى العلم في الخفيّ.

وليس في صغيرة مواضعه ولا لوخش حيث لا مجامعة

ولا يجوز شرط تعجيل الثمن وإن يكن ذاك بطوع فحسن

قوله: (قال الشارح: اعتمد الشيخ إلخ) هذا قال فيه في التوضيح ما نصّه: واختلف في يمين المشتري إذا نكل البائع على ثلاثة أقوال: روي عيسى عن ابن القاسم أنّه يحلف على العلم في الظاهر والخفيّ لأن التذليل يكون من جهة البائع دون المتابع. وروي يحيى عنه أنّه كالبايع يحلف على البتّ في الظاهر وعلى العلم في الخفيّ، لأن الأصل في اليمين أن تقلب على نحو ما توجهت، واختاره ابن حبيب وقاله ابن نافع وأبو جازم يحلف المتابع على البتّ إلخ، وانظر فما به العمل هو ما اختاره ابن حبيب.

(ص). وليس في صغيرة مواضع إلى آخر البيتين. أجحف الناظم بمسائل المواضعة وكذا هذا الشارح، وقد قال في المختصر: وتتواضع العلوية أو وخش أقرّ البائع بوطئها عند من يؤمن والشان النساء، وإذا رضيها بغيرها فليس لأحدهما الانتقال ونهايا عن أحدهما، وهل يكفي بواحدة؟ قال: يخرج على الترجمان إلخ. فقلوه: وتتواضع إلخ المواضعة واجبة وظاهر المتن كان البائع مالكها أو وكيله أو من سلطان كان البائع أيضاً رجلاً أو امرأة وهو كذلك من كلام الناس. وقوله: العلوية وهي التي تراد للفراش ظاهره أقرّ بوطئها أو لا وهو كذلك، بل لو قال لم أطأها واستيرأها فلا بدّ من المواضعة فيها وهو كذلك وهذا ما لم تكن ظاهرة الحمل لقوله بعد: وحامل فيمن لا يتواضع وله أن يتبرأ من حملها الظاهر كانت ظاهرة الحمل أم لا، وأما الوخش فله أن يتبرأ من حملها مطلقاً. وقوله: أو وخش إلخ الوخش هو الخسيس الذي يراد في الغالب للخدمة. وقوله:

المواضعة قال ابن عرفة: هي جعل الأمة مدّة استبرائها في حوزٍ مقبول خبره عن حيضتها. اهـ قال في المدونة: الشّأن كونها على يد امرأة فإن وضعت بيد رجلٍ له أهل ينظرونها أجزاً. ابن رشد: الاستبراء واجب لحفظ النسب كوجوب العدة. وأمّا المواضعة فهي أيضاً واجبة لدفع الغرر والخطر وذلك في الأمة التي ينقص الحمل من ثمنها كثيراً، أو التي وطئها البائع. اهـ قد اشتمل البيهقي على مسألتين: الأولى: من اشترى أمة صغيرة لا تطيق الوطء، أو كبيرة، وخشاً وهي التي لا تراد للوطء فلا مواضعة فيها. وإنّما المواضعة في التي تطيق من على الرقيق أو وخشاً إذا أقرّ البائع بوطنها. المسألة الثانية: أنّ الأمة

أقرّ البائع بوطنها عبارة ابن عرفة في هذا أو وخش غير مستبرأة من وطء ربها إلخ وهو صحيح يدل عليه كلامهم المتقدم لشموله إذا وطئ وادعى الاستبراء، ولذلك قال أبو الحسن: إذا استبرأ الراتعة فلا بدّ من مواضعها، وأمّا الوخش إذا استبرأها فلا مواضعة فيها، وقد قال ابن بشير: المواضعة لا تجب إلّا في اثنتين: إحداهما التي ينقص الحمل من ثمنها والثانية التي وطئها البائع اهـ. وقوله: ينقص الحمل من ثمنها أي كثيراً كما هو في كلام ابن رشد، بل في كلامه يهدم جل ثمنها. وقول العلية إلخ المواضعة مترتبة على الاستبراء كما في المقدمات، فمن تستبرأ تتواضع فيدخل في قوله العلية أو وخش الصغيرة التي يمكن وطؤها والياسة ولو أمن الحمل فذات الحيض مواضعها بحيضة ومن لم تحض بثلاثة أشهر كما في الاستبراء. وقوله: أقرّ البائع بوطنها منه يفهم أن البائع للوخش إذا كان صبيّاً أو مجبواً أو امرأة فلا مواضعة بخلاف العلية، والفرق أن العلية يحط الحمل من ثمنها كما تقدم. وقوله: عند من يؤمن يشمل المرأة المأمونة والمأمون الذي له أهل والذي لا أهل له، لكن خالف في هذا الأخير أصبغ واختار قوله اللخمي والخلاف في ذلك كثير، وقول أصبغ هو الذي يناسب هذه الأوقات التي قلت فيها الأمانات وشاعت فيها الجبهالات لا سيما إن كانت علية لا سيما إن كانت بارعة في جمالها، وكيف يخلو هذا الأمين ببارعة ليلاً ونهاراً، هذا لا نقول به ولا نعتقد جوازه أصلاً في هذه الأزمان، وكل من أنصف يقرّ بهذا ويستبعد غيره مع أن الاحتياط في الفروج مطلوب غاية فافهم. وانظر ما في الشرح لقول المتن في كتاب الفلّس وحبس النساء عند أمينة، ويحتمل أن قول المتن عند من يؤمن أي على الجارية أخرج هذا لأن من هو عدل ولا أهل له يمنعونه ممّا لا ينبغي ليس هو مأموناً فافهم. وقوله: وإذا رضيا بغيرهما إلخ أي إلّا لوجه كما إذا كان منزله مسجوراً لمن لا يليق أي فإنها لا تبقى عنده كما يفهم من كلام الناس هنا مع أن المدار على حفظ الجارية. وقوله: بغيرهما وأمّا إذا رضيا بأحدهما فلآخر الانتقال ولو لم يرض الآخر ولا يظهر لذلك وجه، وكذا إذا اتفقا إخراجها من يد الغير فلهما ذلك وإن لم يظهر لذلك وجه. وقوله: ونهيا إلخ أي نهى كل واحد عن الوضع عند صاحبه بل وعنده، هذا القيد وهو قولنا إلّا لوجه لا بدّ منه فقد مرّ عليه ابن عرفة وصاحب الشامل، فقول الشارح ينبغي أن يقيد كان من حقه أن يجزم به، وعلى القيد مرّ حلولو والتثاني والسنهوري والمواق والأجهوري وبيننا ذلك في الشرح. وقوله: ونهيا الراجح في هذا النهي هو الكراهة وبيننا ذلك في الشرح. وقوله: وهل يكفي إلخ ذكر اللخمي أن المشهور هو الاكتفاء

المواضعة لا يجوز اشتراط النقد فيها لتردده بين أن يكون ثمنًا إن لم يظهر حملٌ أو سلفًا إن ظهر. فإن شرط النقد فسد البيع. فإن وقع النقد تطوعًا بعد العقد جاز ذلك. تنبيهٌ لكل من المسائلين نظائر أما الأولى: ففظاثرها في عدم المواضعة مست قال اللّخمي: لا مواضعة للمشتري على البائع (في ست): ذات الزوج، والحامل، والمعتدة من طلاق، أو وفاة، والمستبرأة من غصب، أو زنا. اهـ، وكذا المردودة بعيب، أو فساد، أو إقالة، ونظير الثانية في منع اشتراط النقد، وجوازه تطوعًا بعد العقد: المبيع بخيار، وبيع الغائب، والرقيق المبيع بعهدة الثلاث، والأرض غير المأمونة، والجعل، والإجارة (لحرز الزرع). والأجير يتأخر عمله شهرًا. وفي المختصر: ولا مواضعة في متروجة، وحامل، ومعتدة، ورانية كالمردودة بعيب، أو فساد، أو إقالة إن لم يرغب المشتري وفسدان نقد بشرط لا تطوعًا. وقال فيما يمنع فيه اشتراط النقد وبشرط نقد أي في المبيع بخيار كغائب، وعهدة ثلاث، ومواضعة، وأرض لم يؤمن ربيها، وجعل، وإجارة لحرز زرع، وأجير تأخر شهرًا.

والببيع مع براءة إن نصت على الأصح بالرقيق اختصت
والفسخ إن عيبٌ بدا من حكمه مع اعتراف أو ثبوت علمه
ويحلف البائع مع جهل الخفي بالعلم والظاهر بالبت حفي
وحيثما نكوله تبدًا به المبيع لا اليمين ردًا
وبعضهم فيها الجواز أطلقا وشرطها مكث مطلقا

بيع البراءة هو أن يشترط البائع على المشتري البراءة من العيوب التي لا علم له بها فلا يرجع له البائع إلا بما علم به. وكنمه ابن عرفة: البراءة ترك القيام بعيب قديم. اهـ وفيها أقوالٌ أحدها: أن البراءة جائزة في كل شيء. وهو قول ابن وهب ورواية ابن حبيب عن مالك وهو الذي حكى الناظم هنا حيث قال: «وبعضهم فيها الجواز أطلقا». الثاني: أنها لا

بواحدة، قال المتطي: وبه القضاء لأن هذا من باب الخبر والترجمان للحال عليه من خبر بليل قول المختصر: والمترجم مخبر، ولذلك قال عبد الحق في الاكتفاء بواحدة هنا هو الأشبه وابن شام اشتراط امرأتين وهو المناسب عند فساد الزمان فافهم هذه الفوائد فقد اتعنا في جمعها النفوس، وادع لجامعها برحمة مولاه لوجه الله سبحانه وتعالى بلا حد ولا تناء.

قوله (في ست) هي قول المختصر ولا مواضعة في متروجة إلخ. قوله: (لحرز الزوج إلخ) انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الإجارة: وفسخت بتلف إلخ. وعند قوله في كتاب الخيار ولا بد.

(ص): والبيع مع براءة إن نصت إلى آخر الآيات الخمسة.

تجوز في شيء من الأشياء ذكره القاضي عبد الوهاب الثالث: أنها جائزة في الحيوان مطلقاً. وهو في الموطأ الرابع: أنها تجوز في الرقيق خاصة. وهو في المدونة (وإليه رجع مالك) وعليه جمهور أصحابه. نقله ابن سلمون وهو الذي اعتمد الناظم وعبر عنه بالأصح ومقابل الأصح هو قوله: وبعضهم فيها الجواز أطلاقاً وأنها لا تختص بالرقيق. قال في المدونة: قال مالك: لا تنفع البراءة مما يعلم البائع في ميراث أو غيره في شيء من السلع، والحيوان إلا في الرقيق وحده. قال ابن القاسم: وهو الذي أخذ به من قول مالك. اهـ وهذا في بيع الإنسان رقيقه. وأما بيع القاضي والوصي، والوارث بالبراءة فيأتي للناظم الكلام عليه في

قوله: (وإليه رجع مالك إلخ) قال المتطفي ما نصّه: وبيع البراءة في الرقيق إنما هو من كل عيب لا يعلمه البائع قليلاً كان أو كثيراً ظاهراً أو خفياً، هذا قول مالك وجمهور أصحابه وبه القضاء، قال في الواضحة يراً إن أتى العيب على ثمنه اهـ. بلفظه. وقال أيضاً في نهايته ما نصّه: وبيع الرقيق بالبراءة جائز جرى عليه العمل بالمدينة وقضى به عثمان رضي الله عنه وفي المسألة اختلاف، روى ابن القاسم عن مالك أن ذلك جائز في الرقيق خاصة وبه الفتيا وإليه رجع مالك وعليه جمهور أصحابه وكان يقول في أول زمانه: إن ذلك جائز في كل البيعات إلخ وهذا منه بلفظه. وقال في المعونة: وعلى ما جرى به العمل في المدينة هي الرواية المعتمدة وعليه النظر إلخ. وقال ابن يونس: الفرق بين الرقيق وغيره أن الرقيق ينطق والأغلب أنه يشكو بعبه فإذا باع بالبراءة حمل على أنه لا يعلم به عيب لأنه يقول: لو كان به عيب لأعلمني به فأشدد ما عليه إذا ظهر عيب قديم أنه يحلف ما علمه، والحيوان غير الرقيق لا ينطق فبيعه على البراءة نوع غرر، وأيضاً فإن السنة إنما وردت في الرقيق وذلك أن عبد الله بن عمر باع عبداً بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان وجعل عليه اليمين إلخ. وقال في المعونة أيضاً: الرقيق يقدر على كتم عيبه فلا يصل مالكة إلى علم ذلك فيجوز له أن يبيع بالبراءة للأمانة الدالة على صدقه في عدم علمه بالعيب إن كان به، وغيره من الحيوان يستوي في علم ما به المتبايعان فلم يجز له البيع بالبراءة إلا فيما يسميه به. وقال ابن عبد السلام: إفادة البراءة في الرقيق خاصة هو أشهر الأقاويل. الباجي: وهو الظاهر من المذهب ووجهه أنه يكره بعض السادات ويرغب في بعض، فيظهر من العيوب ما ليست فيه ويكتم ما فيه تحيلاً منه إلخ. وقال عياض في تنبيهاته: وجه الجواز في بيع البراءة ما قضى به عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله تعالى عنهما من إمضاء البيع بها والحاجة تدعو لذلك فجوزت دفعا للخصام دفعا عن ذلك كما عفا عن عقدة تضمنت غرراً للضرورة إلخ. وقد أجاد هنا رضي الله تعالى عنه. وقال في الكافي: لا يبرأ من باع بالبراءة في غير الرقيق إلا ما عينه وسمّاه وأوقف عليه المبتاع فنظر إليه إلخ. هذه فائدة تركها هذا الشارح. وقول الناظم على الأصح فيه نظر لأنه كان من حقه أن يذكر أن هذا به العمل أو أنه هو المشهور لأن هذه النصوص دلّت على العمل والشهرة التامة بحيث لا يبقى تشوف لمقابل هذا القول في الجملة، بخلاف قوله على الأصح فإنه يقتضي أن المقابل صحيح في نفسه مع أن الرجوع وقع عن هذا المقابل، وابن الناظم قال عن المتطفي هو المشهور من القول المعمول به إلخ. أي ما عبر عنه والده بالأصح، وقد أحسن بذلك

فصل مسائل من أحكام البيع وآته لا يختص بالرقيق حيث قال: وكل ما القاضي يبيع مطلقاً إلخ قال ابن سلمون: وحكم بيع البراءة أنه إذا أطلع المشتري على عيب في المبيع فإن أقر البائع أو ثبت أنه علم به قبل البيع رجع به وانفسخ البيع. وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري. (قال ابن العطار: يحلف) في العيب الخفي على العلم وفي الظاهر على البت. ١ هـ وإلى كلام ابن سلمون هذا أشار الناظم بقوله «والفسخ إن عيب» بدا من حكمه البتين وفهم من قول الناظم: «والفسخ إن عيب» بدا إلخ أنه إن لم يعترف البائع بالعيب ولا ثبت علمه به أن البيع لا يفسخ. ويلزم المشتري وهو قول ابن سلمون وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري، وحلفه إما على العلم في العيب الخفي، أو على البت في الظاهر كما تقدم. وأشار الناظم بقوله: «وحيثما نكوله تبدأ» البيت إلى قول التيطي على نقل الشارح ونحوه في ابن سلمون أيضاً. وإن نكل البائع عن اليمين في بيع البراءة وجب عليه الرد ولا تنقل اليمين في المتاع عن اليمين رد عليه البيع. ولا ترد عليه اليمين لأنها للثمة فلا تنقلب، وقوله: «وبعضهم فيها الجوار اطلاقاً الضمير للبراءة ومعنى الإطلاق أنها تصح في كل مبيع لا تختص بالرقيق وتقدم أن هذا مقابل الأصح. في البيت الأول وقوله: «وشروطها مكته بملك مطلقاً» أشار به لقول ابن سلمون: ولا يجوز بيع البراءة (إلا فيما طال مكته) عند البائع واختره. وأما ما لم يطل مكته فإن مالكا وأصحابه يكرهون بيعه على البراءة، فمرة قال: إذا وقع مضي ومرة أبطل البراءة فيه. ١ هـ وباء بالعلم للاستعلاء على حد: «من إن تأمنه بقتار يؤده إليك» [آل عمران: ٧٥] أي على قنطار والظاهر مبتدأ، وخفي خبره وبه يتعلق بالبت ومعنى خفي معتبر والخفي والظاهر وصفان لمحدوف أي العيب الخفي والظاهر، ومعنى مطلقاً آخر البيت الأخير سواء قلنا تختص بالرقيق أو لا فلا بد من طول المكث عند البائع إذ هو مظنة الاطلاع على العيوب.

بعض الإحسان وبين بعض البيان. قوله: (قال ابن العطار يحلف إلخ) هذا قال فيه ابن الناظم بعد سوقه ما نصه: وانتقد ذلك عليه أبو عبد الله محمد بن عمر بن الفخار وقال: يحلف بائع البراءة على العلم أنه لم يعلم به خفياً كان أو ظاهراً لأنه تبرأ مما لا يعلم به دون ما علم سواء كان ظاهراً أو خفياً، وإنما تفرق اليمين في العيب الظاهر والباطن فيما يبيع من العيب بغير البراءة، وهذا حكاه التيطي وغيره عن ابن الفخار كما في ابن الناظم نفسه، وما ذكره ابن الفخار ظاهر لأن قول الخائف لا أعلم فيه عيباً كاف في الباطن والظاهر لأنه إذا لم يعلم شيئاً منهما فهو صادق في يمينه، ولكن انظر الشرح عند قول المتن ينافي الظاهر إلخ في كتاب الخيار، وترك هذا الشارح هذا الاعتراض من العجب مع كونه في ابن الناظم وظهوره بحسب فهمنا، ولكن يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى إن نظرت الشرح في الملح المذكور. قوله: (إلا فيما طال مكته إلخ) الطول ستة أشهر كما في شروح المختصر إن طالت إقامته إلخ.

واليوم واليومان في المركوب وشبهه استثنى للمركوب

يعني أنه يجوز لمن باع دابة أن يستثنى ركوبها اليوم واليومين. قال في المدونة قال مالك: من باع دابة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين، أو سافر عليها اليوم أو إلى المكان القريب جاز ذلك. (ولا ينبغي) فيما بعد. وضمانها من المتاع فيما يجوز استثناءه ومن البائع فيما لا يجوز استثناءه اللّخمي: من باع راحلة واستثنى ركوبها (يوماً) أو يومين وهي في الحضر أو في السفر جاز ويكره ما زاد على ذلك. ويمنع ما كثر كالجمعة من المواق على قول الشيخ خليل ويبيعها واستثناء ركوبها الثلاث لا جمعة وكره المتوسط.

ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حمله

يعني أنه لا يجوز شراء الحيوان كله على اختلاف أنواعه ومن الأنعام، وغيرها على شرط كونه حاملاً. قال الشارح: ففي المقرّب قال مالك: ومن اشترى شاةً على أنها حامل فلا خير في هذا البيع لأنه أخذ لجنينها ثمناً حين باعها بشرط أنها حامل. قال: ولا فرق بين الشاة وغيرها من الحيوان في هذا المعنى إلا في الجارية الرائعة التي يكون الحمل فيها عيباً يثبراً البائع منه، ولذلك أتى الشيخ بلفظ الحيوان لما فيه من العموم وساق الشاة في

(ص):

(واليوم واليومان في المركوب وشبهه استثنى للمركوب)

قوله: (ولا ينبغي إلخ) هذا التفصيل أشار إليه في المختصر بقوله ويبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة لا جمعة وكره المتوسط إلخ. وأشار لقول التهذيب: ومن باع دابة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين أو يسافر عليها اليوم أولى إلى المكان القريب جاز، ولا ينبغي فيما بعد إذ لا يدري المتاع كيف ترجع إليه وضمانها من المتاع فيما يجوز استثناءه اهـ. بلفظه صدر كتاب الرواحل والدواب، فكتب عليه أبو الحسن ما نصّه: قوله ركوبها الشيخ ليس الركوب بشرط وكذا ما في معناه مما لا يضربها. وقوله: (يوماً إلخ) يريد وثلاثة واختصرها اللّخمي وهو في الحضر أو في السفر جاز، ويكره ما زاد على ذلك الشيخ، وسواء حملته على أن المستثنى مبيع أو مشتري لأنه إن كان على أنه مبيع فهذا التأخير جائز وإن كان على أنه مشتري كان أجوز. وقوله: ولا ينبغي اللّخمي يمنع ما كثر كالجمعة والشهر وهو إذا كان في السفر كان أبين في الغرر لأنه لا يدري كيف ترجع ولا هل تسلم، وإن اشترط يوماً أو يومين بعد قبض المشتري له ومقامه عنده يوماً أو يومين جاز، وإن كان بعد مقام جمعة أو شهر لم يجز إلخ. وهذا منه بلفظه وقف على الشرح في هذا ترفقها كثيراً فيما يتعلق بالمسألة.

(ص):

(ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حمله)

الكتاب على سبيل التمثيل (ولم يحتج الناظم) إلى استثناء جواز اشتراط الحمل في الرائحة

قوله: (ولم يحتج الناظم إلخ) صحيح حسن، وعبرة المختصر عاطفاً على المنهي عنه ما نصه: وكبيع حامل بشروط الحمل إلخ. ونقلنا عليه من الشرح كلام الناس من تقدم ومن تأخر بحسب ما وقفنا عليه من كلامهم لأن المسألة صعبة غاية، بل كادت أن تبلغ في الصعوبة النهاية مع كثرة وقوعها في الأسواق وغيرها في الحواضر والبوادي، وقد تلخص مما نقلناه ما نصه: إن الرائحة والوخش يجوز التبري من حملهما الظاهر ومن الخفي أيضاً في الوخش والحمل في الرائحة عيب وفي الوخش على خلاف، لكن الذي يظهر رجحانه هو أنه عيب بذليل كلام الناس، وعندنا بفاس هو عيب كبير، وانظر قول المتيطي لأن الحمل لا يوضع كثيراً من ثمنه أي وأما القليل فيضع الحمل وذلك هو العيب كما هو مبين هنا، وعند اللخمي هو عيب في الحواضر لا في البوادي، واتباع تفصيله واجب لأن العيب هو ما ينقص الثمن كما في التحفة وغيرها، والبقر والغنم والناقة حملها غير عيب، نعم النجبية من النوق والرمكة النجبية اللتان تتردان للركوب الحمل فيهما عيب، والحمل يعيبها بالشاهدة عند أرباب هذا الشأن غالباً، والمدار على نقص الثمن والاعتراف، وما لا فلان في كل شيء، ومن وقف على كلام ابن الناظم في شرح تحفة والده حين أطال التنقيب على مسألة الفرس علم هذا ضرورة، وإذا ثبت هذا فقول المختصر وكبيع حامل بشرط الحمل ظاهره كان الشرط لزيادة الثمن أم للتبري من الحمل كان ظاهراً أم لا، كان الحمل لامة رائحة أم لا، أما الحمل في الامة فغير داخل لأنه عيب وقد قال خليل: وتواضع العلية أر وخش أقر البائع بوطنها، نعم إن كانت وخشاً يزيد الحمل في ثمنها كما في البادية فتدخل في كلام المصنف هنا لأن حملها غير عيب بل كحمل الشاة، وكذا النجبية من النوق والرمكة يجري فيهما هذا التفصيل، إن كان الحمل ينقص من ثمنها فغير داخلتين هنا وإلا دخلتا، وكل ما هو حملة عيب فذكره يحمل على أنه للتبري فلا يفسد به العقد، وأخرى إن صرح بالتبري كما رأيت لأن العيب ينقص من الثمن فكيف يطلب بذكره زيادته، وما ليس حملة عيباً يحمل على أن ذكره لزيادة الثمن وأخرى إن صرح به لأنه غير عيب، ولما كان غير عيب كان الغالب الرغبة فيه لأنه مال والغالب السلامة من العطب، ولذلك تجدد كثيراً ممن يشتري البقرة مثلاً بشرط حملها من العوام ثم يجدها لا حمل بها أنه يخاصم بائعها للقاضي طالباً لردّها واتخذ ثمنه لا سيما الأثام لأنه يقصد شراء الحامل للحليب والنسل وعند طلبه لزيادة الثمن يظهر تعليل المنع وهو بيع الأجنة، وإذا ثبت هذا فزبدة كلام المختصر هنا في غير الحمل الذي هو عيب كيف ما كان، وقرينة ذلك هو أنه ذكر هذا في بيع الفرر ولم يذكره في كتاب العيوب، ولا فرق في الحمل الذي لا عيب فيه بين ظهوره وعدم ظهوره على المشهور، وإن كان ربما يكون الراجح من ظاهر كلام الناس أن الحمل الظاهر يجوز اشتراطه لزيادة الثمن، فإن لم يوجد رد المبيع إذ عدمه مع شرطه وهو العيب أو بمنزلة في الحكم والعيب يرد من أجله، والمصنف مر على مذهب المدونة لما ذكره من أنه هو المشهور وأنه لا فرق بين ظاهر وغيره، وبهذا كله تعرف ما في كلام الناس ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما ممن تبعهما، نعم كلام ابن الحاجب قد يحمل قوله ثالثاً إن قصد البراءة على

لأنّ كلام الناظم في اشتراط المشتري ما يصلح به، ويرغب فيه، ويزيد في الثمن من أجله فيمنع لأجل الغرر، واشتراط الحمل في الرائعة إنّما المقصود منه التبرّي من العيب لا الزيادة

حمل هو عيب في نفسه والقرينة أن البراءة إنّما تكون من العيب لا فيما يزداد الثمن لأجله، بنحو هذا أجاب ابن الناظم في قول والده ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حمله ما نصّه: ولم يحتج الناظم إلى جواز اشتراط الحمل في الرائعة لأنّ كلام الناظم في اشتراط المشتري ما يصلح به ويرغب ويزيد في الثمن من أجله فيمنع لأجل الغرر، واشتراط الحمل في الرائعة إنّما المقصود منه التبرّي من العيب لا الزيادة في الثمن إلخ. ونقله الشيخ ميارة وسلمه وهو صحيح لا ينبغي أن يختلف فيه وكلام المختصر لا يحث فيه، لكن إن طالعت ما كتبه من كلام الناس في الشرح وقول المختصر في كتاب الخيل وتبري غيرهما فيه ممّا لم يعلم أي في الرقيق يدخل فيه التبري من الحمل الخفي في الوحش، ولكن البراءة من الحمل الخفي لا تصحّ في الرائعة لقول المتن: وتتواضع العلية إلخ، فكلام المتن يقيد بعضه بعضاً، والظاهر يدخل فيه قوله: وإن علمه بين أنه به، وهذا في الرائعة ظاهر في الظاهر والخفي وكذا في الوحش عند أهل الحواضر، وأما عند أهل البوادي فليس حملها عيباً حتى يتبرأ منه لأن المطلوب عندهم وجوده، وذكرنا في الشرح أن ابن يونس والتونسي واللخمي قالوا: إن ظاهرة الحمل من أمة وغيرها يجوز اشتراط حملها عند بيعها لأنه مرثي وقاله غير هؤلاء، وفي القباب حملاً ظاهراً لا يخفى على أحد. وقال ابن عرفة: من ابتاع بقرة على أنها حامل أو جارية يزيد فيها الحمل فلم يجد بها حملاً له ردّها. ابن رشد: قال ابن القاسم وروى لا يجوز بيعهما على ذلك وإن كان الحمل ظاهراً وبيعهما مفسوخ، وأجازه سحنون إن كان الحمل ظاهراً، وقال ابن أبي حازم: البيع جائز ولا يرد لفقد الحمل إذا باع الرمكة يظنها عقوقاً، ولو باعها على ذلك وهو يعلم أنها غير ذلك لمعرفته أن الفحل لم يتر عليها كان له الرد لأنه غره وأطمعه فيتحصل فيها أربعة أقوال أظهرها قول سحنون إلخ. وقوله: من ابتاع نقله عن سماع أشهب. ونقل ابن يونس أن أشهب قال ذلك، ونقل عن أصبغ أنه يجبر بيع الحامل الظاهرة الحمل غاية، وعبرة ابن سلمون وروى أشهب فيمن ابتاع بقرة على أنها حامل إن لم يجعلها حاملاً فله ردّها، ومحمل ذلك عند الشيوخ في الظاهرة الحمل يوم البيع، وأما إذا لم يعلم ذلك إلا بقول البائع فالبائع فاسد، ومن أجل هذا الخلاف القوي في جواز بيع الحامل بشرط الحمل الظاهر مع كون الناس يعلمونه كثيراً سيما في الأنعام توقفت في فسخ بيع شرط فيه الحمل الظاهر حين كنا نحكم بالمدينة البيضاء وسألنا كثيراً من شيوخنا فظهر لهم عدم التعرض لفسخ ما ذكر لقوة الخلاف في المسألة ولوقوع ذلك كثيراً من الناس في بياعاتهم، وأما تحريم ذلك ابتداء فيصرّح به المفتي اتكالاً على المشهور بخلاف الفسخ وقف على شرح قول المتن في الشرح وإلاّ مضى المختلف فيه وهذا مختلف فيه ابتداء فافهم، وإنما توقفتنا فيما ذكرنا لأننا لم نجد من صرح بأن هذا مضي على القول المشهور، وقد رأيت في أنقال ابن عرفة فسحه، وإن وقفت على الشرح وما ظهر لك أكثر، ولعل هذا القول المقابل لما في المتن رأى صاحبه أن الغالب على الأم أن لا تموت من الولادة وذلك صحيح، وهذا كله إن وقع الشرط، وأما من اشترط حاملاً بلا شرط فلا إشكال في الجواز

في الثمن. قال ابن رشد: لم يجز بيع الحامل بشرط الحمل وإن كان حاملاً ظاهراً لأنه غررٌ إذ قد ينفض الحمل بعد ظهوره فيكون بالشروط قد أخذ للجنين ثمناً ثم قال: وهذا كله في الحيوان الذي يزيد الحمل، وأما في الجوارى المرتفعت التي ينقصهن الحمل فيجوز أن يبيعهن على أنها حامل إذا كانت ظاهرة الحمل لأن ذلك تبري من عيب حملها كالتبري من سائر عيوبها.

وذات حمل قد تدانى وضعها لم يمتنع على الأصح بيعها
كذا المريض في سوى السباق يصح بيعه على الإطلاق
والعبد في الإباق مع علم محل قراره بما ابتاع فيه حل
البائع الضامن حتى يقبضاً وإن تقع إقالة لا ترتضى

لما تضمن البيت قبل هذا أنه لا يجوز بيع ما فيه غررٌ كالحمل، وكان بعض المبيعات يتوهم فيها الغرر رفع ذلك الوهم بالتخصيص على جواز بيعها. وذلك الحامل التي قرب وضعها، والمريض مرضاً مخوفاً إن لم يبلغ حد السباق، والعبد الآبق إذا علم محله فأخبر أنه يجوز أن تباع هذه الأشياء، وإن كان في بيعها غررٌ لاحتمال الموت من النفاس، والمرض، وعدم وجود الآبق، أو وجوده قد تغير عن حاله أما جواز بيع المريض في غير السباق، والحامل المقرب فقال ابن الحاجب: ولا يباع من في السباق ويجوز بيع المريض المخوف عليه والحامل المقرب على الأصح. قال في التوضيح في شرح قوله: ولا يباع من في السباق ما ذكره المصنف خاص بالرقيق، وما لا يؤكل لحمه لأنه من أكل المال بالباطل. وأما مأكول اللحم فيباع ليدكى فيجوز بيعه لحصول المنفعة به. قال ابن عبد السلام (ابن عرفة: ظاهر إطلاقاتهم) ونص ابن محرز منع بيع من في السباق ولو كان مأكول اللحم

كما في ابن يونس وغيره، وقد لفتنا مضمون أن التبري يصح من حمل الوحش ظاهراً كان أو خفياً، وفي العلية إنما يصح في الظاهر بما نصه:

تبرؤ من حمل وحش قد أفاد كظاهر من علية بلا انتقاد
والعية كصية جمع علي كصية وصية.

(ص): وذات حمل قد تدانى وضعها. إلى آخر الآيات الأربعة.

قوله: (ابن عرفة ظاهر إطلاقاتهم إلخ) خليل: مر على ما قاله ابن عبد السلام حيث قال في مختصره عاطفاً على ما لا يحل بيعه لا كمحرم أشرف مفهومه أن غير المحرم جائز وهذا هو الراجح، وكلام ابن عرفة ذكرنا ما فيه في الشرح فقف عليه إن شئت والكلام في المسألة كثير.

للغرض في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحماً وفي حصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه ١ هـ. وهو ظاهرٌ وقول ابن الحاجب: ويجوز بيع المريض والحامل المصدر مضافٌ للمفعول أي يجوز أن يبيع المريض، وأن تباع الحامل، فالمرضى والحامل مبيعان لا بائعان لأن وقوع البيع، ونحوه منهما جائز ماضٍ. ولا يحجر عليهما إلا في التبرعات كالهبّة، والصدقة ومعنى الإطلاق في البيت الثاني أنه يجوز بيع المريض في غير السياق كان مأكول اللحم كالأنعام، أو غير مأكوله كالبحال، والحمير. ويفهم منه أن بلغ حد السياق لا يجوز بيعه كان مأكول اللحم أو لا. وهو كذلك على ما تقدّم عن ابن عرفة، وعليه فإطلاق النّظام منع بيع من في السياق صحيحٌ. وأمّا جواز بيع الأبى إذا علم محله فقال المتيطي ويجوز بيع العبد الأبى إذا علم المبتاع موضعه وصفته، فإن وجد هذا الأبى على الصفة التي علمها قبضه وصح البيع فيه وإن وجده قد تغير أو تلف كان من البائع، ويسترجع المبتاع الثمن. (وقال سحنون إنّما) يجوز ابتياع الأبى إذا كان في وثاق. وقوله: والبائع الضامن حتى يقبضه. من تمام مسألة بيع الأبى وتقدّم قول المتيطي، وإن وجده قد تغير أو تلف كان أي ضمانه من البائع. وفي المدونة: بيع الأبى ولو قربت غيبته ممنوعٌ. وكذا الشارّد وما ندّ أو ضلّ. ١ هـ وظاهرها منع بيع الأبى مطلقاً. وقوله: وإن تقع إقالة لا ترتضى هو من تمام مسألة بيع الأبى يعني إذا فرعنا على جواز بيع الأبى فلا يجوز أن يتقایل فيه التبايعان. والمسألة مفروضة في بيع الغائب أبقاً كان أو غير أبى. (قال في الوثائق للمجموعة) قال محمد بن عمر لم يختلف قول مالك ولا ابن القاسم أنّ الإقالة في بيع الغائب غير جائزة لأنه من وجه الدين بالدين. ١ هـ وفي ابن سلمون: في الكلام على بيع الغائب ولا تجوز الإقالة فيه عند مالك لأن الثمن قد ثبت عليه فلا يجوز أن يصير فيه شيئاً غائباً لا يتنجّز قبضه ويدخله الدين بالدين ويجوز بيعه من غيره إذا لم ينتقد.

وامتنع التفريق للصغار من أمّهم إلا مع الإئثار

قوله: (وقال سحنون: إنّما إلخ) هذا أيضاً في كلام طويل، ومحصل الراجح فيه بحسب ما نقلناه في الشرح أن الأبى إذا علم موضعه وصفته جاز بيعه على حكم الغائب بلا فرق بل هو فرد من أفرادهِ ولكن بشرط آخر أن الأبى مقبوضاً لصاحبه أي قبضه للمالك وعرف أنه له، وأما البعير الشارّد فإن ادعى مشتره معرفة موضعه والقدرة عليه فذلك جائز أيضاً، وأما معرفة موضعه فقط فإن ذلك لا يكفي، وكلام المتيطي فيه نظر، ولا بدّ من شرط آخر في الأبى أن يكون معروفاً ملكه لبائع لاحتمال أن يتارّع فيه وفي ذلك غرر، لأنه إن لم يكن معروفاً له ملكاً ربما تارعه غيره فيه، وقف على دليل هذا كله في الشرح من كلام الفحول في ذلك. قوله: (قال في الوثائق إلخ) هذا يؤخذ من قول للمختصر: وككاليّ بمثله إلى آخر تلك المسائل.

(ص) وامتنع التفريق للصغار إلى آخر البيتين. كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفاً على

ثم بالإجبار على الجمع القضا والخلف إن يكن من الأم رضا

يعني أن من ملك أمه وولدها لا يجوز له أن يفرق بينهما بالبيع بأن يبيع أحدهما، ويحبس الآخر أو يبيع الأمة لرجل والولد لرجل آخر مادام الولد صغيراً لم ينف، فإن انفرد جازت التفرة (والإثغار) نبات رواضع الصبي بعد سقوطها. وهذه رواية ابن القاسم وبها القضاء، وقيل الحد في ذلك البلوغ في الذكر والأنثى. قال ابن عبد الحكم: لا يفرق بينهما وإن بلغ. وإلى هذا أشار بالبيت الأول وأشار بالبيت الثاني أنه إذا وقع ونزل وفرق بينهما فإنه يجبر على الجمع بينهما في ملك شخص واحد ويقضى عليه بذلك فإن لم يفعل فسخ البيع وأنه إن رضيت الأم بالتفرة فقولان بناءً على أن الحق لها والله تعالى وينبغي على هذين القولين أيضاً أننا إذا قلنا الحق للأدمي إذا فرقا يجبران على الجمع بينهما. وإن قلنا الحق لله فلا بد من فسخ البيع (لأن العقد على أحدهما فاسد) كالحمر. (وهذا خاص بالأدمي) دون سائر الحيوان. ابن ناجي والتفرة جائزة بين الحيوان البهيمة على ظاهر المذهب، وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن حد عدم التفرة أن يستغني عن آباءه بالرعي نقله التادلي. ١ هـ والأصل فيما ذكره ما أخرجه الترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة» (١٠١) في الإشراف أجمع أهل العلم على القول بهذا الخبر إذا كان الولد طفلاً لم يبلغ سبع سنين. (ابن يونس

ما نهى عنه ما نصه: وكفريق أم فقط من ولدها وإن بقسمة وبيع أحدهما لعبد سيد الآخر ما لم ينف معتاداً وصدقت المسبية ولا توارث ما لم ترض وفسخ إن لم يجمعاها في ملك وهل بغير عوض كذلك أو يكفي بجوز كالمعتق تأويلان، وجاز بيع نصف أحدهما وبيع أحدهما للعقد والولد مع كتابة أمه ولعاهد التفرة وكره الاشتراء منه، انظر شرحه غاية في الشرح وجلب ذلك يطول بنا غاية.

قوله: (والإثغار إلخ) هنا كلام المتيطي وابن سلمون، والكلام في الإثغار كالإرسال في القاموس أنه يطلق على سقوط الأسنان ونباتها فهو ضد، وفي ذلك كلام، وكون الإثغار هو الحد للتفرة فيه خلاف والذي به القضاء هو الإثغار كما في المتيطي وغيره. قوله: (لأن العقد على أحدهما فاسد إلخ) مذهب المدونة وهو المشهور أنهما إذا جمعا في ملك فلا فسخ وإن لم يجمعاها على المذهب فيباع عليهما، وقيل يفسخ البيع وهو الذي في المختصر، وإذ ثبت هذا فالقول المشهور هو أن البيع صحيح، ولو كان فاسداً ما انتفى الفسخ بالجمع فافهم، وبيننا هذا في الشرح ففي كلام هذا الشارح ما يتأمل. قوله: (وهذا خاص بالأدمي إلخ) هنا أفهمه المختصر بقوله ما لم ترض. قوله: (ابن يونس والأصوب إلخ) هذا القول مقابل لما في المختصر واختاره

(١٠١) [حديث صحيح]: أخرجه الترمذي (١٢٨٣)، وأحمد في المسند (٤١٣/٥)، والحاكم في المستدرک (٥٥/٢)، والدارمي في سننه (٢٤٧٩)، والطبراني في الكبير (٢١٧/٤)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع (١٤١٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٦/٩).

والاصوب) أنه حقٌ للولد لو رضيت الأم بالتفرقة لم تجز. وقاله مالكٌ وسواءٌ كانت الأم مسلمةً أو كافرةً قال مالكٌ: وحدٌ ذلك الإنغار ما لم يعجل به جوارى كن أو غلماناً قال مالكٌ: ويفرق بين الولد والصغير، وبين أبيه وجده وجدته لأمه، ولأبيه في البيع متى شاء سيده، وإنما لا يفرق بينهما في الأم خاصة. ١ هـ من المواق ونقل الخطاب قال: قال: اللّحمي وذكر محمدٌ عن بعض المدنيين منع التفرقة بين الأب وولده وهو أحسن قياساً على الأم وإن كانت الأم أعظم موجدة. ١ هـ.

والحمل عيبٌ قيل بالإطلاق وقيل في عليّة ذي استرقاق
والافتضاض في سوى الوحش الدنيّ عيبٌ لها مؤثّرٌ في الثمن
والحمل لا يثبت في أقلّ من ثلاثة من الشهور فاستين
ولا تحمرك له يثبت في ما دون عدّة الوفاة فاعرف

يعني أنّ من جملة عيوب الرقيق الحمل فقليل إنّه عيبٌ فيه مطلقاً وخشاً كان أو عليّة وهو قول مالك وابن القاسم (وقيل: إنّما هو. عيبٌ في العلية) دون الوحش وقول ابن كنانة، (والعليّة) بكسر العين وسكون اللام وفتح الياء الجارية الحسنة التي تراد للفراش غالباً والوحش القبيحة التي تراد للخدمة ومن جملة عيوب الرقيق أيضاً الافتضاض لكن في العلية فهو فيها عيبٌ مؤثّرٌ في نقص ثمنها دون الوحش، فليس هو عيباً فيها. أمّا كون الحمل عيباً في الرقيق فصال في المقرب قاله ابن القاسم الحمل في الرقيق عيبٌ في وحش وغيره. وقد خالف ابن كنانة في وحش الرقيق فقال: إنّ الحمل ليس عيباً فيه. فسالنا مالكا عن ذلك فقال: هو عيب. وأمّا كون الافتضاض عيباً في العلية دون الوحش ففي المقرب أيضاً. وسئل سحنونٌ عمّن اشترى صبيّةً مثلها لا يوطأ فوجدتها مفتضضةً فقال: إنّ كانت من وحش الرقيق فليس ذلك بعيب وإن كانت من عليّة الرقيق فذلك عيبٌ يرذّها. ١ هـ وفي أحكام ابن سهل ما ظاهره أنّ الافتضاض في العلية عيبٌ كانت تَم يوطأ مثلها، أو لا وهو ظاهر إطلاق النّاظم هذا الحاصل ما اشتمل عليه البيتان الأولان، ثم ذكر في البيتين

غير واحد من المحققين واستدلينا له بكلام الناس بما يُلجج له الصدر، ونحن لا نقول بما في المختصر وأن الأم إذا رضيت بالتفرقة جازت ولكن إنما يظهر لك بكلام الناس قف عليه إن رمت رحمة الصغار والله المعين.

(ص): والحمل عيب قيل بالإطلاق. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (وقيل إنّما هو عيب في العلية إلخ) تقدم الكلام على هذا مستوفى قبيل هذا عند قول النّاظم: ولم يجز في الحيوان كله إلخ. قوله: (والعليّة إلخ) هذا الضبط يقتضي أن عليّة جمع علي كصبي وصبيّة وهو فسر اللفظ

الآخرين ما حاصله أن الحمل لا يثبت في أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك في أقل من مقدار عدة الوفاة وهو أربعة أشهر وعشرة أيام، وينبغي على ذلك ردّها بعيب الحمل إذا تنازع المتبايعان في كونه حدث عند المشتري أو كان بها قبل البيع. (قال ابن عرفة: لا شك) أن الحمل عيب ويثبت بشهادة النساء ولا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك تحركاً بيناً يصح القطع على تحريكه في أقل من أربعة أشهر وعشر. فإذا شهدت امرأتان أن بها حملاً بيناً لا تشكّان فيه من غير تحريك ردت الأمة فيما دون ثلاثة أشهر ولا تردّ فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثاً عند المشتري. وإذا شهدن أن بها حملاً يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم تردّ فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثاً، فإن ردت ثم وجد ذلك الحمل باطلاً لم تردّ إلى المشتري إذ لعلها أسقطته. ١ هـ. من الخطاب عند قوله في العيوب ورفع حيفضة استبراء. ونقله الشارح عن ابن رشد قلت: فلو زاد الناظم هنا فقال مثلاً:

فإن بين حمل قبيل أشهر ثلاثة من دون تحريك حرّي
ردت به كذا إذا تحركا من قبل أربع وعشر فاسلكا
فإن به ردت وبعد يتفي لا ردّ لاحتمال سقط قد خفي

لكان قد صرح بنتيجة معرفة زمن يثبت فيه الحمل، أو يتحرك اللذين في كلام الناظم (فائدة: قال: القاضي) أبو عبد الله المقرئ في آخر النكاح من قواعده: الولد يتحرك لمثل ما يتخلّق له ويوضع لمثل ما يتحرك فيه وهو يتخلّق في العادة تارة لشهر فيتحرك لشهرين،

بالمفرد، وما ذكره الناظم في الافتضاظ بحسب ظاهر كلامه أن الافتضاظ عيب فيمن يوطأ مثلها أو لا في العلية، وقد تكلمنا على ذلك عند قول المختصر عاطفاً على ما ليس بعيب لا ثبوت إلا فيمن لا يفتض مثلها أن كل افتضاظ ينقص ثمن المفتضة فهو عيب كانت المفتضة رخساً أو لا مطيقة أو لا، ويرجع في ذلك للتجار، والافتضاظ الذي لا ينقص فليس بعيب مطلقاً، قف على دليله في الشرح، مع أن القاعدة أن كل ما ينقص الأمان فهو عيب كما في التسخة وغيرها. قوله: (قال ابن عرفة: لا شك إلخ) هذا ذكره المازري قبل ابن عرفة يقرب ممّا ذكره ابن عرفة ونقلناه في الشرح.

قوله: (فائدة قال القاضي إلخ) وقد لقننا مضمون هذه الفائدة بما نصّه:

شهرًا وزيد نصفه أو سدسه تخلق المني بعد رمسه

تحرك بعد لمثل ما ذكر بروه مشلان منه فاعتبر

أي في هذا الترتيب العجيب من العليم القدير، وتبعنا في هذا كلام الناس وإلا فالحديث

ويوضع لستة وتارة لشهر وخمسة أيام فيتحرك لشهرين وثلاث، ويوضع لسبعة وتارة لشهر، ونصف فيتحرك لثلاثة، ويوضع لتسعة فلذلك لا يعيش ابن ثمانية ولا ينقص الحمل عن ستة أشهر وهذا الأخير هو الغالب ومع ذلك فالأحكام مبنية على أقل الحمل وهو ستة أشهر فهو مما قدم فيه التأخر على الغالب وله نظائر.

ويثبت العيوب أهل المعرفة بها ولا ينظر فيهم لصفة

يعني أن العيوب التي تقدم ذكرها وما يبنى عليها إنما تثبت بأهل المعرفة بها، والبصر بحقائقها فإذا كانوا عارفين بها فلا ينظر فيهم لصفة غير المعرفة فإنها فيهم شرط وجوب، وأما العدالة وغيرها فإنها فيهم شرط كمال إن، وجدت فيها ونعمت وإن لم توجد فالحكم كذلك حتى الإسلام. قال في المتبعية: ويشهد بالعيوب أهل المعرفة بها عدولاً كانوا أو غيرهم، ويقبل في ذلك أهل الكتاب (إذا لم يوجد سواهم) والواحد منهم، أو من المسلمين كاف والاثنتان أولى وطريق ذلك العلم، لا الشهادة هذا هو المشهور من الملعب المعمول به اهـ. وتقدم لناظم في باب الشهادة قوله:

وواحد يجزئ في باب الخبر واثنتان أولى عند كل ذي نظر

ويأتي له في فصل العيوب:

ثم العيوب كلها لا تعتبر إلا بقول من له بها بصر

الصحيح بخلاف هذا لأن فيه أن النبي يبقى نطفة أربعين يوماً، ثم حلقه أربعين يوماً، ثم مضغة أربعين يوماً، ثم يتفخ فيه الروح، فهذا الذي ذكره الناس مشكل لكن الحديث وهذا الكلام الذي صدر من الناس قد تكلم الناس في شأن ذلك ولم تجلبه للطول وتكلمنا على قول المتن ولا نفقه بدعواها بل بظهور الحمل وحركته وعدنا أنه لا بد من الظهور مع الحركة وإن كان في ذلك كلام. (ص):

ويثبت العيوب أهل المعرفة بها ولا ينظر فيهم لصفة

قوله: (إذا لم يوجد سواهم إلخ) هذا صحيح وهو الحق، وكلام هذا الشارح أن العدل كالفاسق وليس كذلك بل لا يشهد الفاسق إلا عند عدم العدل إلخ. وكذلك في المسلم والكافر، غير أن سوجه لكلام المتبني في الأخير وقع بأنه فيه، وقد قال في المختصر وقيل للتعذر غير عدول وإن مشركين، فالمشرك لا يقبل مع وجود عارف مسلم مثله في المعرفة أو أكثر معرفة من الكافر، وكذلك عدل مسلم مع مسلم فاسق عارفين فإن العدل يتقدم عليه ولا يعتبر الفاسق مع وجوده ومماثلته له في المعرفة، أو كان العدل أزيد منه معرفة وهو صريح المختصر أيضاً وهو المغيا عنه، وبيننا هنا غاية في المحل المذكور من المختصر، وملخص ذلك أن كل من صرفه القاضي من عنده

فصل

واتفقوا أن كلاب الماشية يجوز بيعها ككلب البادية

وعندهم قولان في ابتياع كلاب الاصطياد والسباع

يعني اتفق أهل المذهب أنه يجوز بيع الكلاب المتخلة لحفظ المواشي مما يعدو عليها من الحيوان المفترس، وبيع الكلاب المتخلة في البادية، واختلف في بيع كلاب الصيد وفي بيع

فأخبره بوجود حيب أو يقدمه أو بحدوثه ميتاً كان المبيع أو حياً على ما ظهر لنا من الانتقال فخره كاف في ذلك ويحكم القاضي فيه بلا يمين، ولو كان امرأة أو كافراً أو فاسقاً حيث لم يوجد عدل وإن لم يكن صرف من القاضي فتلك شهادة تجري على حكمها وهي مفصلة في أبوابها، ولكن المصروف من القاضي يشترط فيه المعرفة كما لا يخفى وتشرط فيه النباهة، لأنه وإن كان عارفاً بالعيوب فقد تكون معه بلادة، ولذلك نقول: المرأة العدلة أعني العارفة لا تكفي وحدها لضعف عقلها، وقد ذكر اللخمي وابن سهل عدم كفايتها ولو كانت مرسله بل ذكر كثير أن العدل الواحد لا يكفي وحده ولو في الإرسال، وهذا هو الذي يقلد في هذه الأزمنة، ولذلك يقول المتقدمون فيما يكفي فيه الواحد الأولى اثنان فما كان عند الأوائل أولى يكون عندنا واجباً، وقد أشار اللخمي لفساد زمانه وضعف عدالة أهله فكيف بزماننا؟ وليتنا أعطينا النجاة اليوم مع العدلين، لكن إنما يعرف ذلك من ولي القضاء على الناس ورفع للناس الرأس وليس هذا في الحقيقة مخالفاً لكلام الناس، انظر كلامهم في الشرح بالفاظهم، وفي المدونة: لا تقبل المرأة الواحلة في شيء، وتكلم عليه أبو الحسن وإن ذكر في المختصر أن شهادتها تثبت بها الخلطة فأعرف هذا فقد أكلت فيه أموال يعلمها الكبير المتعال سامح الله جميعنا إنه غفور رحيم مديم للإحسان، كثير الامتنان في جميع الأزمان.

فصل

(هـ): واتفقوا أن كلام الماشية. إلى آخر البيت. قال في المختصر في هذا عاطفاً على ما لا يجوز وعدم نهي لا ككلب صيد، وإنما مثل بكلب الصيد لقوة الخلاف فيه، فذكر ابن عرفة فيه سبعة أقوال والمشهور المنع وهو الصحيح، وشهر بعضهم الجواز فيه وصححه بعضهم ولكن الراجح هو المنع لأنه مذهب المدونة، وإن كان مقابلها عليه الأكثر كما في ابن رشد، وظاهر المتن المنع مطلقاً، وكذا ظاهر كلام غيره، والإطلاق هو المشهور خلافاً لن فصل وذلك مبين في الأصل هذا في البيع، وأما اتخاذ الكلب فحاصل ما ذكره المازري في ذلك أن اتخاذ ما لا منفعة فيه ممنوع، وللصيد وحراسة الزرع والضرع جائز، والخلاف إنما هو فيما إذا احتيج إليه في حراسة الدور، فقليل بالجواز للحاجة، وقيل بالمنع لأنها تؤذي من لا يسرق وتروع المسلم، واتخاذها للثلاثة الأولى في الحديث إلخ. وبه تعلم سر تمثيله بكلب الصيد أي خليل فلله دره وإن كان يتبع

السباع كالفهود ونحوها ففي التوارد: ولا بأس باشتراء كلاب الصيد ولا يعجبني بيعها وقال سحنون: نعم يجوز بيعها بثمانها وهي مثل كلاب الحرث، والماشية، والصيد ابن الحاجب. وفي كلب الصيد والسباع قولان: التوضيح أي وفي منع بيع الكلب وجواره قولان: والمشهور المنع قال في البيان وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك. والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون وشهره بعضهم، وعن مالك ثالث بالكراهة، وعن ابن القاسم رابع بجواز اشترائه، ومنع بيعه حكاه ابن ررقون، ثم قال: وهذا الخلاف إنما هو في مباح الاتخاذ، وأما غيره فلا خلاف في منع بيعه، وأن ثمنه لا يحل. نقل ذلك في البيان وقوله: والسباع قال بعض من تكلم على هذا الموضع أي: وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع وفي معناه كلب الزرع فإن اتخاذه الكلب جائز. واختلف في بيعه كما ذكر المصنف نقله الباجي وغيره وذكر المازري خلافاً في الكلب الذي يتخذ لحراسة الدور والقياسر والفنادق. وللمنع ذهب ابن القصار، وأجاز فيه شيخنا رحمه الله وجهاً آخر، وهو أن يريد بالسباع التي في معنى الكلب كالفهد ونحوه وهو الذي اقتصر عليه ابن رشد. اهـ قال الشارح: وقع في البيت الأول من هذين البيتين لفظ الاتفاق، ولا يخلو من نقد. انظر بقية كلامه ثم قال: لفظ ابن الحاجب هو الذي نظم الشيخ رحمه الله في البيت الثاني:

وبيع ما كالشاة واستثناء	ثلثه فيه الجوار جام
أو قدر رطلين معاً من شاة	ويجبر الأبى على الذكاة
وليس يعطي فيه للتصحيح	من غيره لحماً على الصحيح
والخلف في الجلد وفي الرأس صدر	مشهورها الجوار في حال السفر

غيره في بعض هذه الأمور، وبه تفهم ما في النظم من عدم الصواب وإن كان الاتفاق في كلامه يحمل على أنه طريقه، مع أنني لم أر من حكى هذا الاتفاق، ولعله فهم هذا من قول ابن الحاجب: وفي كلب الصيد والسباع قولان، وسكت عن كلب الماشية كأنه متفق على جواز بيعه، وبالجمل فلكلامه غير جيد من جهة أخرى كما لا يخفاك، وولد الناظم أشار لانتقاد الاتفاق على والده وإن كان مال لقول سحنون في جواز بيع كلب الصيد وإن وقع بعضه على القول المشهور، فروى أشهب يفسخ إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم الفسخ ولو مع الطول هكذا في التوضيح، ويظهر من كلام الشامل وابن عرفة رجحان الأول وما قاله سحنون قال به أبو حنيفة، والشافعي قال بالمنع وقف على الشرح في كون القاضي يحكم في نازلة بيع الكلب إذا تخلصم إليه في ذلك بعد البيع.

(ص): وبيع ما كالشاة باستثناء. إلى آخر الآيات الخمسة، هذا قال فيه في المختصر وشاة

وفي الضممان إن تفانى أو سلب ثالثهما في الجلد والرأس يجب

اشتملت الأبيات على مسألة واحدة وهي: بيع الشاة، واستثناء بعضها ولا يعني خصوص الشاة، بل والبمير والبقرة ونحوها؛ ولذلك أدخل الكاف على الشاة. ثم إن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يستثنى جزءاً شائعاً قل أو كثر كالربع أو الثلث أو النصف أو الثلثين، أو غير ذلك من الأجزاء. وذلك جائز قال في التوضيح عن المارري: ولا خلاف فيه. وإلى هذا الوجه أشار الناظم بالبيت الأول، والوجه الثاني: أن يستثنى أوطالاً من لحمها وذلك جائز أيضاً؛ لكن فيما قل كالرطلين والثلاثة والأربعة ابن الحاجب: ويجوز بيع الشاة، واستثناء ثلاثة أوطال فأدنى وإليه رجع بعد منعه ابن القاسم وسنة أشهب (وقدر الثلث. ١ هـ) وإلى هذا الوجه أشار الناظم بقوله: أو قدر رطلين معاً من شاة وهو بالخفض عطفاً على لفظ ثلثه، ويتعلق بهذا الوجه فرعان الفرع الأول: إذا أراد البائع الذبح؛ ليتوصل لما استثنى وامتنع المشتري؛ فإنه يجبر على الذبح قال في التوضيح عن المارري: هو المعروف؛ لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحماً، ولا يتوصل إليه إلا بالذبح، وحكى بعضهم الاتفاق عليه ١ هـ وإلى هذا الفرع أشار الناظم بقوله: ويجبر الكبي على الذكاة إلا أن لفظه يشمل امتناع البائع من الذبح، إذ قد يبدو له ولا يريد الذبح فظاهر الناظم أنه يجبر أيضاً الفرع الثاني إذا اتفق المتبايعان على أن يعطي المشتري للبائع لحماً من غيرها، عوضاً عن الأوطال المستثناة والمشهور منعه قال في التوضيح: الأصح منه، وهو مذهب أشهب، لما ذكره ابن الموارث أنه (يدخله بيع اللحم بالحيوان) والجواز ظاهر قول مالك في رواية مطروق، وفي المدونة ما يقتضيه ١ هـ. وإلى هذا الفرع أشار الناظم بقوله: وليس

واستثناء أربعة أوطال ولا يأخذ لحم غيرها وصبرة وثمرة واستثناء قدر ثلث وجلد وساقط بسفر فقط وجزء مطلقاً وتولاه المشتري ولم يجبر على الذبح فهما بخلاف الأوطال، وخير في دفع رأس وجلد أو قيمتها وهي أعدل، وهل التخيير للبائع أو للمشتري قولان، ولو مات ما استثنى منه معين ضمن المشتري جليداً وساقطاً لا لحماً ١ هـ. قوله: (وقدر الثلث) هذا اقتصر عليه غير واحد فيظهر رجحانه في الجملة، ولكن أبو الحسن حمل المدونة على ما لم يبلغ الثلث وتظهر أرجحيته على غيره بحسب ما ظهر لنا من كلام الناس وقد نقلناه في الشرح، ولا يجوز استثناء فخذها أو كبدها كما في الشرح عن المدونة وغيرها وإن جرى فيه قياس على الأوطال، ولكن بحث فيه ابن عرفة وتكلم مع ابن عرفة في ذلك قف على ذلك إن شئت، وكذا لا يجوز استثناء الجنين وعليهما فكل حيوان يعتبر فيه من الأوطال ثلثه أو أدنى منه بحسب جثة كبرت أو صغرت. قوله: (يدخله بيع اللحم بالحيوان) اعلم أنه يجوز شراء رطل من شاة سلخت لا قبل سلخها، وإذا كان الأمر كذلك فاستثناء البائع أربعة أوطال من شاة إن مررنا على أن المستثنى مشتري قبض شيء فيها يلزم فيه بيع الطعام قبل قبضه والطعام هو الأوطال، وإن مرونا على أن المستثنى منفي فهو بيع لحم قبل السلخ، وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المبيع به لحماً أو غيره على كلا القولين، وابن الموارث هو

يعطى فيه للتصحيح . . . إلخ أي: لتصح الشاة وتلوم حياتها ومقابل الصحيح في البيت، الجوار كما تقدم عن التوضيح أنه ظاهر قول مالك وفاعل يعطي ضمير المشتري، وضمير فيه للمستني الذي هو الأبطال، وضمير غيره المستني منه ولحماً مفعول يعطي الوجه الثالث: من أوجه المسألة: من باع شاة واستنى الجلد والرأس قال في التوضيح، وفي المسألة ثلاثة أقوال: الجوار في الحضر والسفر، حكاه فضل عن ابن وهب وعيسى، والمنع فيهما حكاه الأبهري رواية عن مالك والثالث المشهور يجوز في السفر دون الحضر، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله، عن عروة بن الزبير، «أن النبي ﷺ حين خرج هو وأبو بكر مهاجرين إلى المدينة، ومرأ براعي غنم اشتريا منه شاة، وشرطا له سلبها»^(١٠٢) ولا يقاس الحضر عليه؛ لأنه إما جاز في السفر؛ لكونه لا قيمة له هناك، فخف الغرر أ هـ. وقال في التوضيح بعد هذا: وكأنه اشترى الجميع أ هـ. وإلى هذا الوجه والخلاف فيه، أشار الناظم بقوله: «والخلف في الجلد البيت» ومفهوم قوله: «الجوار في حال السفر» أنه يمنع استثناء ذلك في الحضر، (وهو محتمل للمنع) حقيقة وللكرامة انظر التوضيح ثم ذكر الناظم فرعاً يتعلق بالوجهين الآخرين من المسألة وهما: استثناء الأبطال، أو الجلد والرأس، وهو إذا ماتت الشاة المستنى منها ذلك أو سرق أو غصبت وإلى الموت والسرقة، أشار بقوله: «إن تفانى أو سلب» هل يضمن المشتري ذلك المستنى أو لا يضمنه؟ قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: فلو مات ما استنى منه معين فثالثها يضمن المشتري الجلد والرأس دون اللحم ما نصه: مراده بالعين خلاف الجزء الشائع كالثلث والرابع فإنه لا ضمان عليه في ذلك. وحاصل ما ذكره المصنف: أنه اختلاف في مسألة الأبطال والجلد والرأس، فقيل يضمن في الجميع بناءً على أنه لا يجبر، أو لا يضمن، بناءً على أنه يجبر، أو يضمن في

الذي قال اللارم في الفرع بيع لحم بحيوان، ونقله ابن عرفة وغيره وسلموه وهو الذي في المختصر، ولكن لا يخفك ما في ذلك، وابن عبد السلام تكلم في المسألة، مع أنني لم أفهم بيع اللحم بالحيوان في المسألة لأن البائع إنما وجبت له أبطال في المبيع تفهمه، نعم إن أريد أن التبايعين يتهمان على أنهما دخلا على أن يأخذ البائع لحماً في الشاة المبيعة وأظهرا استثناء الأبطال فيقرب ولكن لم أر من قاله مع أنهم لم يذكروا أن مثل هذا يكثر قصده. قوله: (وهو محتمل للمنع إلخ) هذا محمول على المنع، وقد رأيت قول المختصر: وجلد وساقط يسفر إلى قوله: ولم يجبر على الذبح فيهما، وما ذكره في المختصر شهر وبيتنا من شهره في الشرح وأن الجلد والرأس والأكراع تحرم في الحضر ويجوز في السفر وبيتنا علة ذلك، فكلام المختصر هو المشهور على إطلاقه منطقاً ومفهوماً، وإن كان بعض ما يقابل ما في المتن قولاً قوياً في نفسه، وأن قوله فقط راجع للجلد والساقط، ومن رده إلى ما يليه فقد أخطأ بل السفر شرط فيهما هذا هو الحق إن شاء الله

(١٠٢) [حديث ضعيف]: أخرجه أبو داود في مراسيله .

مسألة الجلد والركس بناءً على عدم جبره دون مسألة الأبطال فإنه يجبر ثلاثة أقوال، والثالث هو مذهب المدونة ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسم. (وحمل ابن دحون) القول بعدم الضمان على ما إذا لم يفرط. وأما إن تواتى بالذبح فيضمن، وهو معنى الرواية بالضمان وعلى هذا فلا خلاف في المسألة. ١ هـ.

تنبيه: تقدم أن الإيجاب على الذبح، إنما هو مفرغ على استثناء الأبطال، أما استثناء الجزء الشائع، أو الجلد والركس، فلا يجبر على الذبح فيهما على المشهور وكذا تقدم أول كلام التوضيح المنقول آتفاً، أن الخلاف في الضمان مفرغ على استثناء الأبطال والجلد والركس، وأما على استثناء الجزء الشائع فلا ضمان على المشتري، لأنه شريك.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

جمع النّاطم في هذا الفصل بين الدين واقتضائه، والمقاصة فيه للمناسبة الظاهرة بين الثلاثة، وكأنه أطلق بيع الدين على ما تبرأ به ذمة الدين، سواء كان بيعاً وذلك حيث يقضى من غير جنس الدين أو اقتضائه وذلك حيث يقضي من جنس الدين وفي بعض النسخ بيع الدين بالدين والصواب إسقاط قوله بالدين؛ لأن مقصود النّاطم، الكلام على ما يجوز من بيع الدين، وما يمنع منه وعلى نسخه زيادة بالدين، يكون إنما ترجم للممنوع فقط، هو يبيعه بالدين

بما يجوز البيع بين الدين موعّ من عرضٍ أو من عين
وإنما يجوز مع حضور من أقر بالدين وتمجيل الثمن

يعني أنه يجوز بيع الدين بما يجوز البيع به من عرض، أو عين. ويعني بما يجوز البيع به لذلك الدين، بحيث ينظر لما في الذمة من عين، أو عرض ويعتبر في بيعه وما يجوز بيعه

وإن شكت فانظر كلام الناس والله المعين. قوله: (وحمل ابن دحون الخ) انظر كلام الناس يظهر لك منه هذا في الشرح.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

(ص): بما يجوز البيع بين الدين إلى آخر البيتين. هذا يحتاج إلى كلام طويل لا سيما وهذا الشارح قد أطل في المسألة صعبة متشعبة، فلا بد أن نأتي بكلام المختصر وشرحه ليطهر الصحيح من السقيم ونصّه: وكالكائي يمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيّناً ويتأخر قبضه كغائب ومواضعة ومنافع عين وبيعه بدين وتأخير رأس مال السلم، فقوله: وكالكائي هو معطوف على ما نهي عنه، والنهي يقتضي الفساد أي الكائي بالكائي منهى عنه وهو فاسد، قال في التوضيح:

به وما يتمتع بشروط صحته، وكماله فقوله: بيع الدين مسوغ مبتدأ وخبر، وما يتعلق بمسوغ وهي موصولة، صلتها يجوز البيع، وحذف العائد؛ لكونه مجروراً بما جرّ به الموصول. وقوله: من عرض أو عين الظاهر أنه تفسير للإيهام الذي في ما، أي والذي يجوز أن يباع به الدين هو العين أو العرض، ويحتمل على بعد أن يكون تفسيراً للدين، أي يجوز بيع الدين، سواء كان الدين عيناً أو عرضاً، وكلاهما صحيحاً فإذا كان الدين عيناً؛ جاز أن يعطيه من غير جنسه إذا حلّ الأجل كما يأتي، وأمّا من جنسه فهو اقتضاء لا بيع، إلا إذا أريد بالبيع ما تبرأ به الذمة كما تقدّم وجاز أن يعطيه عرضاً، وإن كان الدين عرضاً جاز أن يعطيه عيناً أو عرضاً من غير جنسه، وأمّا من جنسه فاقضاء أيضاً.

قال الشارح: واحترق بقوله بما يجوز البيع به من أن يبيع الدين بما لا يجوز أن يباع به حاضراً، وذلك ظاهر وإنما يجوز بيع الدين بشرطين أحدهما: حضور المدين الذي عليه الدين، وإقراره ببقاء الحق قبله، فلا يجوز بيع الدين والمدين غائب أو منكراً وثانيهما: تعجيل الثمن المدفوع فيه؛ لئلا يكون فسخ دين في دين ومن هنالك لا يجوز دنائير في دراهم، ولا دراهم في دنائير، على تأخير المدفوع لحظة؛ لأنه صرف مستأخر ثم قال: وفي مفيد ابن هشام، من مختصر ابن أبي زيد، من كان له دين من عين أو عرض، فله بيعه من

حقيقة فسخ الدين في الدين هو أن يبيع الدين بمن هو عليه بشيء مؤخر من غير جنسه أو من جنسه وهو أكثر إلخ. وقول المتن فسخ ما في الذمة أي فسخ دين في الذمة، ولا فرق في هذا الدين بين أن يكون من قرض أو غيره مؤجلاً كان أو حالاً. وقوله في مؤخر كان هذا المؤخر أريد عدداً أو صفة كعشرة محمولة يفسخها في عشرة سمراء، وعلة ذلك سلف جر نفعاً لأن من أجل ما عجل عد مسلفاً، وكذا فسخ عرض في عرض من غير جنسه لأن تأخيره مظنة لكون المقبوض عن الدين هو مظنة للزيادة، وأمّا من له عشرة دنائير محمودة آخرها لأجل فذلك جائز لأن المؤخر محسن ولا نفع له في ذلك، وكذلك إن أسقط خمسة وأخر خمسة مع أن هاتين الصورتين لا يدخلان في فسخ الدين، وهذا كله يفهم من متن المختصر عند التفهم لكلامه وقوله وبيعه بدين، ابن عبد السلام: لا بدّ عندهم في بيع الدين بالدين أن تقدم عمارة الذمتين أو إحداهما على المعاوضة كمن له دين على رجل، والثالث دين على رابع فباع كل واحد من صاحبي الدين ما يملكه من الدين بالدين الذي للأخر، وكذا لو كان لرجل دين على رجل فباعه من ثالث بدين، فإذا إن لم تضم الذمة إلا عند المعاوضة كتأخير رأس مال السلم بشرط أكثر من ثلاثة أيام على المشهور فيسمون هذا ابتداء الدين بالدين. وأقواها فسخ الدين في الدين ثم يبيعه بدين ثم ابتداء الدين بالدين على ترتيب المصنف، ولذلك جوزوا بيع الدين بمنافع عين معينة، ومنعوه في فسخ الدين في الدين، وجوزوا في الأخير الذي هو ابتداء الدين بالدين تأخير ثلاثة أيام بالشروط وقول المتن: وبيعه بدين يفهم منه أنه لا يمنع بيعه إلا بدين، وأمّا نحو منافع المعين وما في حكمه فيجوز، وهو كذلك كما في ابن يونس وغيره وهو الذي أشرنا إليه أولاً فلهذا در المصنف.

غير غريمه قبل محله، أو بعده بثمن يستعجله فإن كان دنائير، أو دراهم باعه بعرض، وإن كان عرضاً باعه بعين أو بعرض يخالفه نقداً قال سحنون: بمحض الغريم وإقراره أ هـ. والظاهر - والله أعلم - (أن بيع الدين في هذه الصورة) التي في الميسد للمدين نفسه جائز أيضاً لأنه دين بدين. وإن صالحته على عشرة أرتال، من لحم شاة وهي حية لم يجز قال ابن القاسم ومن استهلك لك بعيراً، لم يجز أن تصالحه على بعير مثله إلى أجل، لنفسخ ما وجب لك من القيمة في ذلك لو صالحته على دنائير مؤجلة، فإن كانت أكثر من القيمة، لم يجز، وإن كانت كالقيمة فأدنى، وكان ما استهلك مما يباع بالدنانير بالبلد جار، ويجوز على دراهم نقداً، أو على عرض نقداً بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدنانير، ولا يجوز إلى أجل وإن كان مما يباع بالدراهم؛ جار الصلح على دراهم مؤجلة مثل القيمة فأدنى، ولا يجوز على دنائير أو عرض إلا نقداً بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدراهم وإن شرطتما تأخير ذلك إلى أجل لم يجز، ولو تعجلته بعد الشرط لم يجز؛ لوقوعه فاسداً وكذلك إن ادعت أنه استهلك لك غنماً أو متاعاً، فالصلح فيه على عين أو عرض يجري على وصفنا. وقال ابن القاسم فيمن ذبح لرجل شاة أو بقرة أو فصيلة فإن كان لحم الشاة لم يفت؛ لم يجز أن تصالحه بشاة إذ له أخذها مذبوحة فصار لحمًا بحيوان وإن فات اللحم فجائز نقداً بعد المعرفة بقيمة الشاة، ولو استهلك له صبرة قمح لا يعرفان كيلها؛ جاز أن يأخذ بالقيمة ما شاء من طعام من غير جنسه، أو عرض نقداً، وأما على مكيلة من قمح أو شعير أو سلت؛ فلا يصح على التحري أي لأن الثلاثة صنف واحد، والشك في التماثل كتحقق التفاضل قال: (وأما على كيل لا يشك) أنه أدنى من كيل الصبرة، فلا بأس به، وكأنه أخذ بعض حقّه، فلا تبالي أخذ قمحاً أو شعيراً أو سلتاً، يزيد هاتنا وإن لم يعرف القيمة. أ هـ على نقل المواق قال: وعلى هذا ينبنى مصالحة الفرقان والرحوي، فيما تبدل عندهما (وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يقول) لا يجوز أن يأخذ ما لا يشك أنه أقل، حتى يتحقق أن خبزه أو دقيقه قد أكل، لئلا يكون مبادلة بتأخير وكان يقول قد تقدم له قرينة الحال، أن طعامه قد أكل، وقد تقدم من هذا في الاضحية أ هـ ابن الحسايب يجوز الصلح على ذهب من ورق وبالعكس إذا كانا حاليين وعجل ومن المدونة قال مالك: من لك عليه مائة درهم حالة، وهو مقر بها جاز أن تصالحه على خمسين منها إلى أجل؛ لأنك

قوله: (أن بيع الدين في هذه الصورة إلخ) انظر هذا عند قول المتن في كتاب الصلح: وإن صالح بموخر عن مستهلك إلخ تر الفقه الصحيح هذا وزيادة. قوله: (وأما على كيل لا يشك إلخ) انظره عند قول المتن في كتاب الخيار: وإن أهلك بائع صبرة إلخ. ومسألة الشاة المقدمة انظرها عند قول المتن صدر كتاب النصب أو ذبح إلخ، وكل ما طول به هذا الشارح يفهم من المختصر، ولولا خشية الإطالة لبينا ذلك غاية، وقد بينا ذلك في محاله المذكورة والحمد لله مدخلاً ذلك في كلامه بحسب اقتضائه ذلك كله. قوله: (وكان سيدي ابن سراج رحمه الله إلخ) انظره عند قول المتن في

حططته وآخرتَه، ولا بأس أن تصالحه على دنائير أو عرض نقداً، ولا يجوز فيها تأخير؛ لأنه فسخ دين وصرف مستأخر. قال ابن القاسم: وكذلك إذا كان المدعي عليه منكراً لأن المدعي إذا كان محققاً فلا بأس أن يأخذ عن مائة درهم خمسين إلى أجل، وإن أخذ عنها عرضاً أو ذهباً إلى أجل لم يصح؛ لأنه فسخ دراهم في عروض أو دنائير إلى أجل، وذلك حرام وإن كان المدعي مطلقاً؛ لم يجوز له أخذ شيء عاجل أو أجل أهـ. وهذا كله داخل في قول الناظم: بما يجوز البيع بيع الدين. البيت إنما أطلت هنا بعض التطويل لأن في بيع الدين بعض صعوبة، وتكثر الأمثلة، مما يتمرّن به الطالب، وهذا النقل لا شك أنهم ذكروه في باب الصلح، ولكن إنما يصالح عن الدين بما يباع به، والمقصود هنا معرفة ما يباع به الدين مما لا يباع به. وقد تلخص من مسألة استهلاك صبرة القمح المتقدمة قريباً: أن منع بيع المجهول بمعلوم من الجنس الواحد من الطعام الربوي سواء تبين الفضل من إحدى الجهتين أو لا إنما هو إذا كان على وجه البيع وحضور العوضين، وأما بعد تقرر أحد العوضين في الذمة وقصد الصلح عنه؛ فيجوز أن يقضي ما لا يشك أنه أقل؛ (لأن الصلح عن بعض الدين) هبة والله أعلم. وأشار الناظم بقوله: وإنما يجوز مع حضور من البيت إلى بعض شروط جواز بيع الدين. وذكر منها ثلاثة: (حضور المدين)، وإقراره، وتعجيل الثمن. وبقي عليه ما نقل الموأق عن الغرناطي ثلاثة آخر: (أن لا يكون الدين طعاماً بعرضي)، (وأن يساع بغير جنسه)، (وأن لا يكون المستاع عدواً) للغيرم البرزلي: وإن كان

الضحايا وإبدالها بدين وإن لاختلاط الخ في حاشيتنا. وقوله: (لأن الصلح عن بعض الدين إلخ) انظره عند قول المتن: على بعضه هبة. قوله: (حضور الدين إلخ) هذا هو قول المختصر في كتاب الربا، ومنع بيع دين ميت وغائب ولو قربت غيبته وحاضر إلا أن يقر، وأما قوله: وتعجيل الثمن هذا هو قول المتن، ويبيعه بدين. وقوله: (أن لا يكون الدين طعاماً بعرضي) هو قول المختصر في السلم وبغير جنسه إن جاز يبيعه قبل قبضه إلخ، وهذا معلوم عند الناس أن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز وهو قول المتن، وجاز البيع قبل القبض إلا مطلق طعام المعاوضة إلخ، وإن كان ما في السلم هو دين يبيع من عليه الدين، ومنه فهم قول هذا الشارح أننا أن يبيع الدين إلخ، والحاصل طعام المعاوضة لا يجوز يبيعه قبل قبضه مطلقاً إلا في فسخ الدين ولا في يبيعه ولا في غير ذلك كما إذا اشتراه وباعه قبل أن يقبضه فذلك حرام. وقوله: (وأن يساع بغير جنسه إلخ) هذا في الغرناطي والبرزلي، ونقله ح وغيره وسلموه ولم أفهم علته وإن كان يظهر منه حتى من كلام ابن يونس حين تكلم على صلح الزوجة مع الورثة مع أنه لا مانع يظهر أصلاً، فإن المدين إذا كانت عليه بقرة من قرض أو سلم وباعها له مالكها من رجل بثوب حاضر بلا تأخير، والمصنف قال: ويبيعه بدين، وكذا ابن عرفة وغيره فكلامهم إنما منعوا فيه التأخير للمقبوض، وكذا قول التحفة هنا بما يجوز البيع إلخ، وكذا كلام ولده على هذا وكلام غير واحد، وكذا ما ذكره الناس على قول المختصر وجاز عن دين بما يباع به، وكذا كلام غيره في هذا فظاهر كلامهم أو صريحه جواز بيع

الدين عروضاً فهل يشترط أن يبقى مثل أجل السلم من أجله أو ليس من شرطه ذلك؟ وأخذ كل واحد منهما من المدونة قال: مقيد هذا الشرح سمح الله له، وقد كنت نظمت شروط جواز بيع الدين، على ما ذكر الغرناطي فقلت:

شروط بيع الدين ستّة ترى حضور مديان وإقرار يرى
ويعنه بغير جنسي ونقد ثمنه ولا عداوة يرد
وليس ذا الدين طعماً واختلف في أجل السلم إن عرضاً وصف

أي: إن كان الدين عرضاً موصوفاً في الدّمة، ثم ردت على شروط بيع الدين مسألتين فقلت فيهما:

وليس من شروطه الحلول إلا بصرف شرطه مقول
في كون ذا المدين أولى بالذي بيع به أو لا خلاف فاحتلني

(فائدة): من صور بيع الدين - الذي الكلام فيه - المسألة الملقبة - عند العامة - بقلب الرهن، وذلك أن يكون بيد الإنسان رهن في دين مؤجل، ثم يحتاج إلى دينه قبل أجل؛ فيبيع ذلك الدين المؤجل بما يجوز أن يباع به، كما إذا كان دينه دنائير أو دراهم كما هو الغالب في بيع الرهن؛ فيبيعه بسبعة نقداً، مع اعتبار بقية شروط جواز بيع الدين - كما تقدم - ويحل المشتري للدين المذكور محلّ بائعه المرتهن، أو لا في الجواز والمنفعة وإن جعلت له، والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للمرتهن البائع للدين وغير ذلك، ويكتب في ذلك في ظهر وثيقة الدين أو طرفها: اشتري فلان جميع الدين أعلاه، أو بمحوه بكذا وكذا، وقبض البائع المذكور جميع الثمن معانيته، أو باعتراه بعد التقلب والرضا كما يجب، وأبرأ المشتري من جميعه. فبرئ، وأجله محلّه في الرهن والانتفاع به، والجواز له والتفويض، وتملك المشتري المذكور مشتراه تملكاً تاماً، على السنة في ذلك والمرجع بالترك عرفاً قدره إلى آخر الوثيقة وهذا مع التنصيص على دخول الرهن في البيع، وهو المعمول به في وقتنا، إذ هو المقصود بشراء الدين غالباً، وللمرأهن الخيار بين أن يجعل رهنه بيد المشتري المدين، أو يجعله بيد رجل غيره، وهذا ظاهر إن لم تشتط منفعته، أما إذا كان المرتهن

البقرة التي في ذمة المدين ونحوها بثوب ونحوه حاضراً أو بشاة مثلاً أو كان الدين كتاباً والمشتري به ثوب، وغير ذلك من العروض المتخالفة في الجنس، والحاصل هذا أمر عجب والعلم الحقيقي عند الله تعالى. وقوله: (وأن لا يكون المبتاع عدو الخ) هذا هو قول المتن في كتاب الضمان ويغير إذنه إلى قوله كشرائه الخ.

قوله: (فائدة الخ) ما ذكره في هذه الفائدة حسن.

اشترط المنفعة، وباع الدين والمنفعة معاً - كما هو الواقع كثيراً - فلا خيار للرهن، إلا إذا لحقه ضرر؛ فيزال الضرر، ويكرى ذلك لغير مشتري الدين، والكراء لمشتريه؛ لأن المنفعة لمشتريها وإن شرط عدم دخوله لم يدخل، ويبقى الرهن بيد من هو يملكه، وأما إن بيع الدين وسكت عن الرهن، فلا يشمل البيع لأن الدين ملك للبائع، والتوثيق بالرهن حق له، وكل منهما منفك عن الآخر، والأصل بقاء مال الإنسان على ملكه؛ حتى يخرج عنه برضاه، وإذا اختلفا في بيع الدين هل وقع على دخول الرهن أو لا؟ تحالفا وتفاصحا، وبدأ البائع. كما في اختلاف المتبايعين إذا اختلفا هل وقع البيع على رهن أو حميل أو لا؟ وكذلك القول في الحميل إلا أنه إذا اشترط دخوله فيشترط حضوره، وإقراره بالحمالة، لئلا يصير من شراء ما فيه خصومة. انظر الخطأ في شرح قوله في البيوع: وحاضر إلا أن يقر ومع كون الدين بينة عادلة، ويرهن يساوي الدين وأكثر، وهو محوز بيد المرتهن؛ فلا بد من حضور المدين، وإقراره بالدين على القول المشهور. وأجاز ابن القاسم في سماع عيسى ابن معاوية شراء الدين على الغائب وقاله أصبغ في نوازل، ودواه أبو زيد عن مالك، ونقل الإمام أبو عبد الله المازري في شرح التلخيص أن ابن المؤاز يجيز شراء الدين على الغائب القريب الغيبة، إذا كان على الدين بينة نقل ذلك صاحب المعيار، أول الكرأس السابع من ترجمة المعاوضات والبيوع، في سؤال نازلة سئل عنها الإمام أبو العباس القتيبي. وفي السؤال المذكور وجوابه طول حلقته اختصاراً. قال القتيبي المذكور أول الجواب: أما من يجيز بيع الدين على غائب بغير رهن، فلا يشكل على أحد أنه مع الرهن أولى بالجواز (لكنها كلها) أقوال غير مشهورة، ولا معول عليها عند أصحاب الأحكام انظر تمام كلامه - رحمه الله - والذي جرى به العمل عندنا في الرهان بيع الدين من غير حضور المدين، ولعله ارتكاباً لمقابل المشهور؛ لقلة الغرر مع ثبوت الدين وحيازة الرهن.

(فرع: ما تقدم) من جواز بيع الدين إتماً هو إذا لم يقصد به التضييق على المدين وتعنيته، أما إن قصد به ذلك؛ فيمنع ويرد إن وقع ذلك وهل يكفي في منع ذلك وفسخه قصد المشتري وحده الإضرار، أو لا بد أن يكون البائع عالماً بقصد المشتري الضرر وإلا لم يفسخ بل يباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر ابن يونس وهو أظهر. قاله في التوضيح في مسألة الضمان بغير إذن المضمون عنه وقد تقدم هذا في شروط بيع الدين.

قوله: (لكنها إلخ) القائل بالجواز غير واحد، وربما تظهر قوة ذلك لا سيما إن كان الغائب قريباً وعلمت حياته هذا هو قول ابن القاسم وغيره انظره عند قول المتن ويبيعه بدين إلخ، وما جرى به العمل بفاس ظاهر وجهه ويثبت ذلك في المحل المذكور.

قوله: (لزم: ما تقدم إلخ) هذا مبين في قول المختصر في الضمان. وقوله: (إذا بيع الدين إلخ) المذهب هو أن المدين ليس أحق بدينه وهو قول المختصر في كتاب الشفعة لا عرض وكتابة ودين إلخ.

فرع: (إذا بيع الدين) فاختلف هل يكون من هو عليه أحقّ به أم لا؟ قال في التوضيح في باب الشفعة: وظاهر المذهب أنّه لا يكون أحقّ به وعن مالك: أراه حسناً وما أرى أن يقضي به وقال أشهب: يقضي به ١ هـ. وتقدم هذا في البيت الرابع من شروط بيع الدين.

وفي طعام إن يكن من قرض يجوز الابتياح قبل القبض

هذا من تمام الكلام على بيع الدين، ومراده أنّ من كان له على رجل طعام، ترتّب له عليه من سلف إحسان توسعة، فإنّه يجوز له بيعه قبل قبضه من ذلك الرجل، وهذا المعنى تقدّم دخوله في قوله في ترجمة بيع الطعام

والبيع للطعام قبل القبض ممتنع ما لم يكن من قرض

وإنما أعاده لكونه من بيع الدين، وفي الرسالة ولا بأس ببيع طعام القرض قبل أن يستوفي وفي المثبّطة: جائز لمن أقرض طعاماً أو ورثه أو وهب له، أن يبيعه قبل أن يستوفيه ١ هـ. ولا بدّ من كون الثمن معجلاً، ولم يصرح به الناظم هنا، اتكالاً منه على ما تقدّم من قوله: قبل هذا يليه وتعجيل الثمن، وهذا يعني تعجيل الثمن شرط في بيع الدين مطلقاً، طعاماً كان أو غيره.

والاقتضاء للديون مختلف والحكم قبل أجل لا يختلف

والمثل مطلوب وذو اعتبار في الجنس والصّفة والمقدار

والعين فيه مع بلوغ أجل صرف وما تشاؤه إن عجل

وغير عين بعده من سلف خذ فيه من معجل ما تصطفي

وإن يكن من سلم بعد الأمد فالوصف فيه السّمح جائز فقد

الاقتضاء قال ابن عرفة: هو في العرف: قبض ما في ذمّة غير القابض فقوله: غير القابض أخرج به للمقاصّة؛ لأنّها قبض وقوله: ما في ذمّة القابض وقوله: ما في ذمّة... إلخ يعني أنّ الاقتضاء هو: أن يقبض ربّ الدين من المدين من جنس الدين الذي له عليه مثل أن يكون لك على المدين ذهب، فيعطيك ذهباً، أو ورق فيعطيك ورقاً، أو كتان، فيعطيك كتاناً أو حرير فيعطيك حريراً، وعلى ذلك فقس. أمّا إن أعطاك عن الذهب فضة أو بالعكس فهو صرف وهو المراد بقولهم: صرف ما في الذمّة جائز بشرط الحلول. وإن

(ص): والاقتضاء للديون مختلف إلى آخر الأبيات الخمسة. أكثر الناس الكلام في هذا، وأكثر هذا الشارح وشارحو المختصر، وقد لفقنا ذلك في أبيات بما نصّه:

أعطاك عن الذئب حريكاً مثلاً، أو عن الحرير ذهباً، أو عن الصوف كتناً، فهو من بيع الدين لا من اقتضائه، واقتضاء الدين أو بيعه من الدين، يتصور بين شخصين: رب الدين والمدين وأما بيعه لغير المديان فيستصور بين ثلاثة أشخاص: رب الدين والمدين والمشتري للدين، ولعل المصنف أطلق الاقتضاء على ما تبرأ به الذمة، كان المقبوض من جنس الدين، أو من غير جنسه، بليل أنه ذكر ما هو اقتضاء حقيقة، وما هو بيع حقيقة، وما هو محتمل لإرادة البيع أو الاقتضاء، وذلك لأنه قسم الاقتضاء إلى ما قبل الأجل، وإلى ما بعده، فأشار إلى ما قبل الأجل بقوله:

والحكم قبل أجل لا يختلف

والمثل مطلوب وذو اعتبار

أي: معتبر في الجنس والصفة والمقدار وهذا اقتضاء حقيقة لأنه أعطى مثل ما عليه جنساً وصفةً ومقداراً، ثم قسم الاقتضاء بعد الأجل إلى كونه - أي الدين - عيناً أو غير عين، فإن كان عيناً وأعطاه عيناً مخالفاً لجنس الدين فهو صرف، وإن أعطاه عن العين

عَلَّل بضع في بيعنا والسلف	والبيع في العرض يحط تقتف
منعهما قد خصصوا بما اتحد	في الجنس في الغير فافهم ما ورد
إن أدنى أو أقل قبل الأمد	قضيت أو زيادة القرض اردد
الفضل في العرض مزیده حظر	في بيعنا قبل حلول ما قدر
وغير ما ذكر جور مطلقاً	في البيع والقرض على ما حققا

وملخص ما نظمناه أن القضاء بالمساوي جائز مطلقاً بلا قيد أصلاً وبالأقل صفة أو قدراً مع الحلول جائز مطلقاً كان من بيع أو قرض ومع عدم الحلول المنع كذلك وبأكثر قدراً المنع في القرض مطلقاً، وفي البيع بالجواز مطلقاً كذلك إن كان الدين من عين، وبأفضل صفة الجواز مطلقاً في القرض والبيع من عين كذلك بلا قيد أصلاً وفي العرض والطعام من بيع الجواز إن حل الأجل وإلا فلا، والقدر فيهما كفضل الصفة بلا فرق فافهم ذلك وادع لمن قرب وجاهد نفسك في ذلك واتعب، وحاصل البيت الأول أن ضع وتعجل يعلل به في البيع والسلف وحط الضمان وأزيدك إنما هو في العرض من بيع وكُل من ضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك إنما يكونان في الجنس الواحد، انظر شرحنا لقول المختصر وقضاء قرض بمساو وأفضل صفة وإن حل الأجل بأقل صفة وقدرك لا أزيد عدداً أو وزناً إلا كرجحان ميزان أو دار الفضل من الجانبين وثمن المبيع العين كذلك وجار بأكثر، وزيادة الوزن الزائدة على قدر رجحان الميزان كزيادة القدر، وتتبع ما في هذا الشارح يطول بنا غاية فلذلك تركناه ولخصناه الفقه فعليك به إذ الفقه هو المطلوب في نفسه.

عرضاً ثوباً مثلاً فهو بيعٌ للدين بذلك الثوب، فقال:

والعين فيه مع بلوغ أجله صرفٌ وما تشاؤه إن عجلًا

فقوله والعين فيه الضمير للدين، أي دفع العين في العين صرفٌ، فالعين الأولى هو المدفوع عن الدين والثاني الذي كتى عنه بالضمير هو الدين المترتب في الدفعة ومقابلته هو قوله: «وغير عين إلخ» وهذا كله من بيع الدين؛ لأن الصرف بيعٌ، وإن غلب إطلاق البيع على ما أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، وإن كان الدين غير عين بل عرضاً، فإما أن يكون من سلف، أو من بيع، وعن البيع عبر بالسلم؛ لأن السلم بيعٌ بالمعنى الأعم. فإن كان من سلف جاز أن يأخذ عنه ما شاء معجلاً، فإن أخذ من جنس الدين فهو اقتضاء، وإن أخذ من غير جنسه فهو بيعٌ، فهذا مما يحتمل أن يراد به البيع والاقتضاء، وهو قوله:

وغير عين بعده من سلف خذ فيه من معجلٍ ما تصطفي

وإن كان من مسلم أي بيعٌ فقال فيه:

وإن يكن من سلم بعد الأمد فالوصف فيه السمع جائزٌ فقد

فاخير أنه يجوز السمع في الصفة بحيث يأخذ أدنى صفة مما له عليه، وهذا من الاقتضاء - والله أعلم - لأن الوصف إنما يصح ذكره إذا كان القضاء من جنس الدين. وقد ذكر الناظم اشتراط حلول الأجل في هذه الآيات ثلاث مرات اعتناءً به الأول: قوله: مع بلوغ أجل الثانية: قوله: وغير عين بعده أي بعد الأجل. الثالثة: قوله: بعد الأمد. هذا حاصل هذه الآيات الخمسة، لكن باعتبار ما هو اقتضاء دين أو بيع، وأما شرحها فيأتي - إن شاء الله - على أن الناظم قدّم الكلام على جواز بيع الدين وصرفه قوله:

بما يجوز البسيح بيع الدين مسوّغٌ من عرضي أو من عين

كما تقدّم شرحه في محله، إلا أن فيه إجمالاً وكأنه ترجمة، وما هنا تفسير له، وأفاد هنا زيادةً على ما شمل قوله: بما يجوز البيع بيع الدين البيت أنه يشترط في صرف الدين حلول الأجل، لقوله هنا: مع بلوغ أجل ويفهم منه أنه لا يشترط حلول الأجل في غير الصرف من أنواع بيع الدين، فيجوز بيع الدين العين قبل حلوله بعرض معجل، ويجوز بيع العرض المؤجل بعرض أو عين حال، وأفاد فيما تقدّم أنه يشترط حضور المدين وإقراره. وأما اشتراط تعجيل ما يباع به الدين، فقد صرح به فيما تقدّم في قوله: «وتعجيل الثمن» وهنا في قوله: «وما تشاؤه إن عجلًا»، وفي قوله: «خذ من معجلٍ» ويأتي بقية الكلام مع ألفاظ الناظم - رحمه الله - ثم أعلم أن الصور العقلية المتصورة في اقتضاء الدين الاقتضاء الحقيقي الذي هو الأخذ من جنس الدين أربع وعشرون صورةً بيانها: أن الدين إما عين أو

عرض، ويندرج في العرض، الطعام لأن المراد بالعرض ما يقابل العين، وكل منهما إما من بيع أو من قرض فهذه أربعة أوجه في كل منها، إما أن يكون حالاً، أو مؤجلاً ولم يحل أجله، فهذه ثمانية أوجه والحال يشمل الحال ابتداءً، وما حلّ أجله وقت الاقتضاء بعد أن كان مؤجلاً، والحكم فيهما واحد ثم القضاء، في هذه الأوجه الثمانية إما بمثل الدين جنساً وصفةً ومقداراً، وإما بأقل قدرًا أو صفةً، وإما بأكثر قدرًا أو صفةً، مع اتحاد الجنس أيضاً فيهما، فإذا ضربت أحوال القضاء الثلاثة في الأوجه الثمانية المتقدمة، بلغت أربعاً وعشرين صورةً، هذا بيان عدد صور الاقتضاء في الجملة، فيما بين جائز وممنوع. وأما بيان الجائز من غيره، فاعلم أنه إن وقع الاقتضاء بمثل الدين؛ فالصور ثمان كما تقدم، لأن الدين إما من بيع أو من قرض، وفي كل منهما إما أن يكون الدين عيناً أو عرضاً، فهذه أربع صور في كل منهما إما أن يكون حالاً أو غير حال، وكلها جائزة، وتدخل كلها في قول الشيخ خليل: «وقضاء قرض بمساو»، ثم قال: «وثن المبيع من العين كذلك». فيدخل في قضاء القرض أربع صور، كون الدين عيناً أو عرضاً وفي كل منهما، إما حالاً أو مؤجلاً لم يحل، ويدخل في ثمن المبيع أربع صور كذلك. وإذا كان القضاء بالمثل كما هو الفرض فلا فرق في ثمن المبيع بين أن يكون عيناً أو عرضاً، وإن وقع الاقتضاء بأقل صفةً أو قدرًا، فإن كان الدين حالاً، جازت أربع صور، وهي كون الدين عيناً أو عرضاً في كل منهما، إما من بيع، أو من قرض، وذلك حسن اقتضاء وتدخل هذه الأربع في قول الشيخ خليل: وإن حلّ الأجل صفةً أو قدرًا، وإن كان الدين غير حال، منعت هذه الأربع المذكورة؛ لما فيه من ضع، وتعجل المؤدي إلى سلف جرّ نفعاً، لأن المعجل لما في الذمة مسلّفٌ على المشهور، فقد سلف حيث عجل قبل الأجل، وانتفع بدفع قليل في كثير، أو أردأ عن أفضل، وتخرج هذه الصور الأربع الممنوعة من مفهوم الشرط في قول الشيخ خليل: وإن حلّ للأجل بأقل صفةً أو قدرًا إذ مفهومه أنه إذا لم يحلّ لم يجز، وهو كذلك وإن وقع الاقتضاء بأكثر قدرًا أو أفضل صفةً؛ فالصور ثمان أيضاً فإن كان الدين عيناً من بيع جاز القضاء بأكثر قدرًا أو أفضل صفةً، حلّ الأجل أو لم يحل، وإليه أشار الشيخ بقوله: «وثن المبيع من العين». كذلك وجاز بأكثر وإن كان عرضاً من بيع أيضاً، جاز القضاء بأكثر وأفضل صفةً وإن حلّ الأجل، ولا يجوز قبل حلوله قال في آخر باب السلم: «وجاز قبل زمانه قبول صفته فقط». إذ مفهومه أنه بعد زمانه، أي بعد حلوله يجوز بأكثر وبأفضل، فهذه أربع صور عين من بيع حلّ أو لم يحل، عرض من بيع حلّ أو لم يحل، وإن كان الدين من قرض؛ لم يجز بأكثر قدرًا عرضاً كان الدين أو عيناً، حلّ أو لم يحل، وهذه أربع أيضاً، وإليها أشار الشيخ خليل بقوله: «لا أريد عدداً أو وزناً» ويجوز بأفضل صفةً وإن لم يحل لقوله: «وقضاء قرض بمساو أفضل صفةً». والنظام قسم المسألة إلى الاقتضاء، قبل الأجل، وإلى الاقتضاء بعد الأجل، ثم نوع ما بعد الأجل إلى كون الدين عيناً أو عرضاً، ثم نوع العرض

إلى كونه من سلف أو بيع، وتقسيمه هذا يرجع إلى التقسيم المذكور. أولاً، لأن الدين المقتضى قبل حلول أجله، إما أن يكون عيناً أو عرضاً، وفي كلا الوجهين، إما أن يكون ترتب من بيع أو قرض، فهذه أربعة أوجه، وفي كلٍّ من الأربعة إما أن يقع الاقتضاء بمثل الدين صفةً مقداراً، أو بأكثر قدرًا أو أفضل صفةً، أو بأقل قدرًا وصفةً، فهذه اثنا عشرة صورة قبل الأجل ويتصور مثلها بعد الأجل، هذا كله في الاقتضاء الحقيقي، الذي هو من جنس الدين والتأظم تكلم على ما هو أعم من الاقتضاء وبيع الدين - كما بيّنه أوكد شرح هذه الآيات - وصرح بجواز صورة واحدة من صور الاقتضاء قبل الأجل، وبجواز أربع صور من صور الاقتضاء بعد الأجل، كما يؤخذ ذلك من كلامه ويأتي بيانه - إن شاء الله - في شرح ألفاظ النظم:

وإذ فرغنا من الكلام على اقتضاء الدين في الجملة؛ فلنرجع الآن إلى ألفاظ النظم فقلوه: والاقتضاء للديون مختلف البيتين يعني أن اقتضاء الديون مختلف حكمه، فمنه جائز، ومنه ممنوع. ويحتمل أن المراد مختلف وصفه، فمنه بمثل الدين، ومنه بأقل، ومنه بأكثر ويؤيد الاحتمال الأول، أنه جعل الذي لا يختلف هو الحكم حيث قال: والحكم قبل أجل لا يختلف وهو مقابل لقوله: «مختلف» فالمختلف إذاً هو الحكم - والله أعلم - وذلك لأن المقتضى إن كان مماثلاً للمقتضى عنه من كل وجه فهو جائز، وإن كان بأقل قدرًا أو صفةً أو بأفضل صفةً أو قدرًا، ففيه ما هو جائز وما هو ممنوع كما تقدم. ويأتي قوله: والحكم قبل أجل لا يختلف والمثل مطلوب وذو اعتبار في الجنس والصفة والمقدار يعني أن الدين الذي يراد قضاؤه، وإن كان مؤجلًا ولم يحل أجله، فإن حكم اقتضائه لا يختلف بالجواز. والمنع، بل هو جائز مطلقاً لكن في هذه الحالة وهي حيث يماثل هذا الدين المقتضى في الجنس والصفة والمقدار، وإذا ماثله فيما ذكر فلا فرق بين أن يكون من بيع أو قرض كان عيناً، أو عرضاً حلّ الأجل أو لم يحلّ، ثمان صور كلها جائزة، داخلة في قوله: والحكم قبل أجل لا يختلف والمثل مطلوب وذو اعتبار... إلخ وكأنه إنما قيده بقيل الأجل ليقابل به ما بعد الأجل المذكور في قوله: والعين فيه مع بلوغ أجله وفي قوله: «وغير عين بعده» أي بعد الأجل، وفي قوله: «بعد الأمد». وفهم من قوله: والمثل مطلوب وذو اعتبار... إلخ أنه إذا قضى قبل الأجل بغير المثل، بل بأقل صفةً أو قدرًا، أو بأكثر صفةً أو قدرًا، لا يكون جائزاً مطلقاً، بل منه جائز ومنه ممنوع، كما تقدم في التقسيم. قوله:

والعين فيه مع بلوغ أجله صرف وما تشاؤه إن عَجَلَا

هذا شروع في القسم الثاني، وهو الاقتضاء بعد حلول الأجل، وتقدم في التقسيم أنه يتنوع إلى اثني عشر وجهاً باعتبار الاقتضاء الحقيقي، وإن التأظم تكلم على ما هو أعم، وأنه نوع الاقتضاء بعد الأجل، إلى كون الدين عيناً أو عرضاً، ونوع العرض إلى كونه من

سلف، أو بيع، فأخبر في هذا البيت أن الدين إذا كان عيناً ذهباً، أو فضةً، وحلّ أجله ثم قضى عنه عيناً مخالفاً لجنس الدين، بحيث قضى ذهباً عن ورق، أو ورقاً عن ذهب؛ فإن ذلك صرف وهو جائز في فرضنا من كون الاقتضاء بعد حلول أجل الدين، لأن صرف ما في الذمة جائز بشرط الحلول، فقوله: «صرف» هو على حذف الصفة، أي جائز. ودليل حذفها قوله: «مع بلوغ أجلا» ولأن الاسم عند الإطلاق يحمل على الكامل من مسماه، وفهم من قوله مع بلوغ أجلا أنه إذا لم يحلّ ممنوع وهو كذلك لأنه صرف بتأخير فقوله: «والعين فيه» الضمير للعين أي وقضاء العين عن العين، ففي معنى عن، والعين الأول - هو المدفوع قضاءً، والثاني المكتنّى عنه بالضمير من المترتب في الذمة بدليل مقابلته بقوله وغير عين بعده من سلف... إلخ لأن التفصيل فيما هو من سلف أو بيع، إنما هو في المترتب في الذمة قطعاً، وفهم من إطلاقه في العين المترتب في الذمة، أنه لا فرق في كونه من بيع أو سلف، وهو كذلك، وقوله: «وما تشاؤه إن عاجلاً». يعني أنه يجوز أن يقضى عن الدين العين من غير العين، مما يشاؤه المتعاملان، بشرط تعجيل ذلك المقضي؛ لئلا يكون فسخ دين في دين، فيجوز أن تقضى عن العين ثوباً، وعن الثوب الحرير ثوب مثلاً ونحو ذلك، بشرط أن يعجل ذلك المقضي أيضاً. وقد اشتمل هذا البيت على مسألتين من المسائل الأربع، التي ذكر في الاقتضاء بعد الأجل الأولى: من صرف الدين والثانية: من بيع الدين، على أن صرف الدين هو بيع له أيضاً، وقوله:

وغير عين بعده من سلف خذ فيه من معجل ما تصطفي

تقدم أن هذا البيت يحتمل أن يكون المراد به، أن القضاء وقع بغير الجنس، فيكون من بيع الدين، يحتمل أنه من الجنس؛ فيكون اقتضاءً حقيقياً، وعلى الثاني فالمراد أن الدين إذا كان غير عين، بل كان عرضاً أو طعاماً، وكان هذا الدين ترتب من سلف إحسان وتوسعة، لا من ثمن مبيع، فإنه يجوز قضاؤه بما شاءه المسلف والمتسلف معاً، واتفقا عليه، وإن كان الناطم إنما خاطب المسلف فقط بقوله: «خذ» فيجوز أن يعطيه أقل من الدين قدرًا أو صفةً، لكن إذا كان الدين حالاً، لا يجوز ذلك قبل حلول الأجل، لما فيه من ضعف وتعجيل، ويجوز بأفضل صفة حلّ أو لم يحلّ، ولا يجوز بأكثر قدرًا حلّ الأجل أو لم يحلّ. فقوله: «ما تصطفي» يعني كما ذكرنا إما من مثل دينك ولا إشكال، أو أقل منه صفةً أو قدرًا إن حلّ الأجل، أو أفضل صفة حلّ الأجل أو لا، والمأخوذ معجل في جميع الصور لقوله: «من معجل» وعلى الاحتمال الأول، وأنه من بيع الدين فمعناه خذ ما شئت مما يخالف دينك في الجنس، وإذا اختلفا في الجنس؛ فلا عليك في المقدار والأجل - والله أعلم -، وقوله: «وإن يكن من سلم» هو مقابل قوله في البيت قبله: «من سلف» ويعني أن الدين الذي أريد قضاؤه إذا كان ترتب من بيع وعنه عبر بالسلم لأن المسلم - بالكسر - مشتر،

والمسلم إليه بائع، والسلم بيع بالمعنى الأعم، ولا فرق بين تقديم الثمن وتأخير المثلون وهو السلم، وبين تقديم المثلون وتأخير الثمن وهو البيع المعروف، إذا تأخر ثمنه فأحد العوضين دين في الذمة. أما الثمن في البيع فهو في ذمة المشتري، أو المثلون^(١٠٣) في السلم، فهو دين في ذمة البائع، فقولُه وإن يكن من سلم بعد الأمد البيت يعني فإذا كان الدين من بيع - كما ذكر - وهو عرض، فإن حل الأجل؛ جاز بأقل قدرًا أو صفة؛ لأنه حسن اقتضاء، وإن لم يحل لم يجز؛ لما فيه من: ضع وتعجل، ويجوز القضاء بأكثر قدرًا أو أفضل صفة، إن حل الأجل، ولا يجوز ذلك قبل حلول الأجل، لما فيه من: حط الضمان وأزبدك، وقول الناظم: فالوصف فيه السّمع جائز فقد شرّحه الشارح على ظاهره، ولفظه: وإن كان الدين من سلم، وقد حل الأجل أيضًا، فإنه يجوز أن يتسامح فيه الطالب للغريم في الوصف خاصة، كأن يكون في ذمته قمع من الجنس الطيب، أو حرير كذلك، فيأخذه منه من الوسط وإنما لم يجز ذلك قبل الأجل؛ لما فيه من خشية ضع وتعجل اهـ. ولم أره نقل هنا ما يوافق ما شرح به، بل نقل ما يوافق ما ذكرنا، ومن أنه إذا حل الأجل جاز السّمع في القدر وفي الصّفة، لا في الوصف فقط، كما شرح به كلام المؤلف ولفظه عن النوادر وقال عبد الملك: وإذا حل له الدين وليس بذهب أو فضة؛ جاز أخذك أرفع أو أدنى، أو أكثر أو أقل من صفته أو من غير صفته اهـ. محل الحاجة ولا يصح أن يحمل كلام الناظم على أن السّمع وقع هو المطلوب، فأعطى أفضل مما عليه؛ لأن السّمع حيثل جائز أيضًا في الصّفة والقدر معًا كما تقدّم، فلا يلتزم مع قول الناظم: فالوصف فيه السّمع جائز فقد لأن «قد» اسم بمعنى حسب راجع للوصف، فهو تصريح بأنه بما يجوز السّمع في الوصف فقط، سواء جعلنا السّمع من قبل الطالب، أو المطلوب، مع أن المنصوص أنه إذا حل الأجل، جاز السّمع بالقدر والصّفة من قبل الطالب، إذا أخذ أقل قدرًا أو أدنى صفة، ومن قبل المطلوب أعطي أكثر قدرًا أو أفضل صفة، والله أعلم.

فرع: ومن المجموعة قال ابن القاسم، عن مالك: ومن له ذنانير دينًا فلا يأخذ قبل الأجل بعضها، ويأخذ بباقيها عرضًا فيصير بيعًا وسلقًا، وعرضًا وذهبًا بذهب، وإن كانت قيمة العرض دون ما أخذه به دخله مع ذلك - ضع وتعجل.

فرع: من المجموعة أيضًا قال أشهب وإذا كان لك عرض من بيع إلى أجل فمعه لك، فإن لم يكن أجود ولا أردأ فجائز وإن كان مثله، ولكن لم يعجله حتى أعطيته شيئًا

(ص): ويقضى الدين من الدين وفي. إلى آخر الآيات الاثني عشر الكلام أيضًا في المقاصة طويل وصعب، والشيخ بهرام لم يجد في تأليفها، والدينان في المقاصة تارة يكونان من بيع وتارة من قرض، وتارة أحدهما من قرض والآخر من بيع، وهما تارة يكونان عينًا وتارة طعامًا وتارة

(١٠٣) المثلون: أي ذي الثمن أو المدفوع ثمنه.

أو أعطاك شيئاً، ولو نفعاً بخطيرة أو كلمة فلا يجوز؛ لأنه منك وضبيعة على تعجيل حق، ومنه طرح ضمان بزيادة ١ هـ. على نقل الشارح في هذا الفرع والذي قبله والمقصود منه قوله: وإن كان مثله، ولكن لم يعجله إلخ وأما ما قبله فقد تقدم.

ويقتضى الدين من الدين وفي عين وعرض وطعام قد يفي
فما يكونان به عيناً إلى مماثل وذو اختلاف فصلاً
فما اختلاف وحلول عمه يجوز فيه صرف ما في الذمة
وفي تأخير الذي يماثل ما كان أشهب بمنع قائل
وفي اللذين في الحلول اتفقا على جواز الانتصاف اتفقا

تكلم في هذه الآيات وما بعدها إلى تمام اثني عشر بيتاً على المقاصة، وصورتها: أن يكون لك دين على إنسان وله عليك دين مثله، فترك ما لك عليه في مقابلة ما له عليك، وهو كذلك يترك ما له عليك في مقابلة ما لك عليه. قال ابن عرفة: المقاصة متاركة

عوضاً، فالعين تجوز فيها المقاصة مطلقاً إن اتفق الدينان قدرًا أو صفةً كانا من بيع أو من قرض، أو منهما كانا حالين أو مؤجلين، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، اتفق أجلهما أم لا إن كانا مؤجلين هذا مذهب ابن القاسم، والمسألة فيها خلاف، ويلزم من اتحاد الصفة اتحاد النوع كما هو حتى في شروح المتن وذلك صحيح، وإن اختلفا في الصفة مع اتحاد النوع كمنحدية ويزيدية، أو مع اختلافه كدراهم ودنانير واتفقا في الحلول فالجواز أيضاً كانا من بيع أو من قرض أو منهما وهو كذلك وإن لم يحل الدينان بأن حل أحدهما فقط أو كانا مؤجلين فالمنع هو الذي يظهر رجحانه أيضاً من كلامهم، وفي المسألة خلاف أيضاً، وإن اختلفا في الوزن أو القدر في القرض فالمنع مطلقاً بلا تفصيل وفي البيع كذلك على ظاهر كلام ابن شاس ومن وافقه فإنه أطلق في ذلك، فظاهره كانا من بيع أو من قرض أو منهما حلاً أم لا أو أحدهما، لكن في المسألة خلاف قوي، قف على الشرح فيه ولا بد ولا بد إن أردت الاحتياط فإن بعضهم انتقد هذا الذي نسبناه لابن شاس ومن تبعه، وفصل في ذلك تفصيلاً يطول جلبه، واكتفينا بكلام ابن شاس ومن وافقه، وإن أردت أن تنظره فهو في الشرح، وأما إن كان الدينان من طعام فهو على تفصيل العين المتقدم من غير ريد ولا نقص، وهذا إن كان الطعامان من قرض إما أن كانا من بيع فالمنع مطلقاً بلا تفصيل، وإن كانا من قرض ومن بيع فالجواز بشرطين: الاتفاق في الصفة والاتفاق في الحلول، لا إن كانا مؤجلين أو أحدهما على ما رجحه من حقق النظر في المسألة وفي الشيخ منع المقاصة في المختلفين قدرًا مطلقاً كانا من بيع أو من قرض أو منهما حلاً أو أحدهما أم لا، وإن كانا عرضين واتفقا جنسًا وصفة فالجواز مطلقاً، ولا فرق في هذا بين ما هو من بيع أو من قرض أو منهما وإن اختلفا في الأول وهو الجنس، ويلزم منه الاختلاف في الصفة جازت المقاصة أيضاً مع اتفاق الأجلين ومع

مطلوب بمائل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما مالياً فقوله: متاركة مفاعلة من الجانبين؛ لأن كل واحد ترك الطلب؛ لوصوله إلى حقه بما في ذمته وقوله: «بمائل» متعلق بمطلوب، «ولما له» متعلق «بمائل»، «وعلى طالبه» يتعلّق بالصلة، وقوله: بمائل صنف من إضافة الصفة إلى الموصوف، أي بنصف ما عليه المائل لما له هو، أي المطلوب على طالبه، وأخرج به المختلفين جنساً أو نوعاً، فإن المقاصة لا تصحّ في ذلك. وقوله: «فيما ذكر عليهما» يتعلّق «بمتاركة» أخرج به المتاركة في غير المذكور، وقوله: «مالياً» أخرج به متاركة رجل رجل طلب حدّ صاحبه، وقد قلّف كل واحد منهما صاحبه. وقد صور الشيخ ابن غازي في حاشيته على المدونة المسماة «بتكميل التقييد وتحليل التعقيد» في المقاصة مائة وثماناً من الصور، وبيانهما: أنّ الدينين إمّا أن يكونا عينين، أو طعامين، أو عرضين، وكل منهما إمّا أن يترتب من بيع، أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض. فهذه تسع صور، وفي كل منها أن يتفق في الجنس والقدر والصفة، أو يختلفا في الجنس أو في القدر فقط، أو في الصفة فقط مع اتحاد الجنس فيهما، فإذا ضربت هذه الوجوه الأربعة في التسعة قبلها؛ بلغت ستاً وثلاثين، وفي كل من هذه الست والثلاثين إمّا أن يكونا - أي

حلولهما معاً لا غير، وإن اختلفا في الصفة دون الجنس فالجواز مع اتفاق الأجلين أو حلولهما أيضاً لا غير، وفي التوضيح في ضابط العرضين ما ملخصه: فإن كانا من بيع وكان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر أو أجود لمتنع لأنه حط الضمان وأردك وإن كان أدنى أو أقل امتنع لأنه ضع وتعجل فإن كان من قرض والأقرب حلولاً أو الحال أدنى أو أقل امتنع لأنه ضع وتعجل، وإن كانا أجود جاز إذ لا ضمان في القرض وإن كانا أكثر عدد امتنع لأن زيادة في القرض وهو مكروه في المجلس قاله في النكت، ويدخل فيه الخلاف لتتقدم فيمن رد في القرض أكثر عدداً، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع فأجره على القسمين السابقين إلخ. وقد قدمنا في الاقتضاء أن ضع وتعجل يكون في السلف والبيع وحط الضمان وأردك إنما يكون في العرض من بيع لا غير وضع وتعجل وحط الضمان وأردك إنما يكونان في الجنس الواحد إلخ. وهذا عليه يكون العمل وهو أمر ظاهر معلل، وفي ابن النازم في العرضين المقاصة جائزة إن كان حالين أو مؤجلين بأجل واحد، وإن اختلفا فالمتنع كان ذلك من قرض أو بيع في العين والعرض الحكم في ذلك واحد، وقد لفقنا في هذا أيضاً آياتاً بما نصّه:

أجز قصاصاً في نسيئك اتحد	قدراً ووصفاً مطبقاً كيف ورد
كلذا اختلاف صفة إن حلا	كل من العيينين حكم يتلى
والمتنع مطبقاً في قدر اختلف	وانتقد الأخير بعض من عرف
ومثل عين الطعام من سلف	بلا تفرق في كل ما سلف
وامنع من بيع بلا قيد يرى	منه ومن عرض أبع بلا امترا

الدينان - حالين، أو مؤجلين، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، فهذه ثلاثة أوجه، إذا ضريت في الستّ والثلاثين؛ بلغت مائة وثمانية من الصور، قال مقيد: هذا الشرح - سمح الله - له وقد كنت جمعت هذا التقسيم الذي في المقاصة في أبيات وهي هذه:

دين المقاصّة لعين ينقسم	ويطعم ويعرض قد علم
وكلها من قرض أو بيع ورد	أو من كليهما فذي تسع تعد
في كلها يحصل الاتفاق في	جنس وقدر صفة فلتقتفي
أو كلها مختلف فهي إذن	أربع حالات يتسع فاضربن
يخرج ستّ مع ثلاثين نعم	تضرب في أحوال أجال تؤم
حلا معاً أو واحد أو لا معاً	جملتها حقّ كما قبل اسمعا
تكميل تقييد ابن غاري اختصرا	أحكامها في جدول فليظنرا

قوله: وفي عين وعرض وطعم قد بقي إشارة إلى أنّ الدينين في المقاصة، إمّا عينان، أو عرضان، أو طعامان، فإن كانا عينيّن - وعليهما تكلم في هذه الأبيات الخمسة - ~~فإنهما~~ متماثلان ذهب وذهب، أو فضة وفضة، أو مختلفان جنساً كذهب وفضة، أو صفةً كدنانير محمديّة ويزيديّة، فإن كانا مختلفين جنساً أو صفةً وهما حالان؛ جازت المقاصة وذلك في المختلفين جنساً من صرف ما في الذمّة، وإلى ذلك أشار بقوله:

جنسهما يكونا به عينا إلى	مماثل وذي اختلاف فصّلا
فما اختلاف وحلول عمه	يجوز فيه صرف ما في الذمّة

أن حل كل مع وصف اتفق في قوله رجحها من قد سبق
ثم اختلاف جنس عرض أو صفة يبيحه حلول كل فاعرفه
أو وقفه ووفق جنس مع صفات فمطلقا يبيح من غير التفات لكون ذا

في القرض أو بيع عصرف أو منهما وعدد لن يختلف
وقولنا لن يختلف والصور كثيرة، وقد أنهاها الشارح إلى مائة وثمانية وذلك فقط كلمة حق
وذلك ظاهر سهل ولذلك لم نطّل به، إذ المراد أعيان الفروع وحكمها في نفسها فافهم هذا واعلم
بأن المقاصة صعبة غاية، ومن وقف على كلام الناس في الشرح واختلافهم في هذه المسائل
وتعليقات كثيرة رأى من ذلك ما يدهشه، وربما يعجز عن تحصيل ذلك وفهمه، ولكن ما سطرناه
ونظّمناه تبعنا فيه غيرنا ممن يوثق بكلامه والله المعين، وتبّع كلام الشارح يطول بنا.

لفظة: «ما» من قوله فما يكونا موصولة، صفةً لمبتدأ محذوف، أي فالوجه الذي يكون الدينان فيه عينا، وضمير التثنية للدينين، وباء به ظرفية، وضميرها يعود على ما وقعت عليه ما وإلى مماثل يتعلّق «بفصل»، وجملة فصلا خبر ما ونائبها للعائد على ما هو الرابط لجملة الخبر بالمبتدأ، وذي عطف على مماثل، «وما» أول البيت الثاني موصولة أيضا كالأول، «واختلاف» فاعل بفعل محذوف يفسره، «عمه»، ومفهوم قوله: «وحلول عمه» أنه إذا لم يعمهما الحلول، بأن كانا موجّلين، أو كان أحدهما حالا، والآخر موجّلا، فإن المقاصة لا تجوز وهو كذلك. وإن كان الدينان من جنس واحد، والمسألة بحالها من كون الدينين معًا عينا، كذهب وذهب، أو فضة وفضة، فلن لم يحلّ واحد منهما، أو حلّ أحدهما ولم يحلّ الآخر، فالشهور جواز المقاصة خلافاً لأشهب، وإلى ذلك أشار بقوله:

وفي تأخّر الذي يمثّل ما كان أشهب بمنع قائل

ومفهوم نسبة المنع لأشهب، أن غيره وهو ابن القاسم يقول بالجواز، ولفظة: «ما» من قوله ما كان استفهامية، أي إذا لم يحلّا معًا فالمنع لأشهب كيف كان التأخير، أي اتفق الأجلان أو اختلفا، وفهم من قوله وفي تأخّر أنه حيث لا تأخّر، وذلك إذا حلّا معًا، فلن المقاصة جائزة عند أشهب وغيره، وعلى ذلك نبّه بقوله:

وفي اللّذين في الحلول اتفقا على جوار الانتصاف اتفقا

وهو تصريح بمفهوم قوله وفي تأخّر الذي يمثّل وقد اشتمل كلام الناظم في هذه الأبيات الأربعة - بالنظر إلى ظاهره - على أربع صور من دين العين؛ لأن دين العينين إما مختلفان، كذهب وفضة، أو متفقان كذهب وذهب، أو فضة وفضة، فهاتان صورتان، وفي كل منهما إما حالان، أو غير حالين، فهذه أربع صور، وقد أشار بها إلى قول ابن سلمون: فإن كان الدينان عينا، فإن كان مال أحدهما دنائير ومال الآخر دراهم، فلا تجوز المقاصة، إلا أن يكونا حالين معًا؛ ليكون صرف ما في الذمة، وإن كانا مؤخّرين أو أحدهما فلا تجوز المقاصة باتفاق ا هـ. وإلى هاتين الصورتين أشار الناظم بالبيت الأول والثاني ثم قال ابن سلمون: وإن كان ما لكل واحد منهما دنائير أو دراهم، فإن كانا حالين جازت المقاصة بلا خلاف وإن كانا مؤخّرين إلى أجلين متفقين أو مختلفين أو أحدهما فأجارها ابن القاسم، ومنعها أشهب ا هـ. وإلى هاتين الصورتين أشار الناظم بقوله: وفي تأخّر الذي يمثّل البيتين، هذا باعتبار ظاهر اللفظ، وأما في الحقيقة فالمقصود الكلام على جميع أقسام دين العين، فيكون قد اشتمل على صور النقد الست والثلاثين سبع وعشرون صورةً في المختلفين منها، وتسع في المتفقين؛ لأن ديني العين المختلفين إما أن يختلفا في القدر، كدينار في ذمة واحد، ودينارين اثنين في ذمة الآخر، أو يختلفا في الصفة، كدراهم محمدية وأخرى

يزيدية، أو يختلفان في الجنس كدينار ودرهم فهذه ثلاثة أوجه، وكل منها إما من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فهذه تسعة أوجه وفي كل منها إما أن يكون الدينان حاليين أو مؤجلين، أو أحدهما حال والآخر مؤجل. فهذه سبعة وعشرون وجهاً، فالمختلفان في القدر كدينار في مقابلة دينارين، المقاصة فيها ممنوعة، كانا من بيع أو قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، وفي كل من هذه الثلاث إما حالاً أو مؤجلاً، أو أحدهما حال والآخر مؤجل، المجموع تسع صور كلها ممنوعة، وأما المختلفان في الصفة أو في الجنس فإن حلا جازت المقاصة وإن لم يحل أو حل أحدهما فقط، لم تجز وفي ذلك ثمان عشرة صورة؛ لأن كل واحد منهما إما من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فهذه ست صور، ثلاث في المختلفين صفة، وثلاث في المختلفين جنساً، وفي كل من الست إما حالاً أو مؤجلاً، أو أحدهما حال والآخر مؤجل، فهذه ثمان عشرة صورة مضافة إلى التسع قبلها، للمجموع سبع وعشرون صورة. وأما الدينان المتفقان في الجنس والصفة والقدر، فإما من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فهذه ثلاث صور، وفي كل منها إما أن يكونا حالين أو مؤجلين، أو أحدهما حال والآخر مؤجل، فهذه تسع صور كلها جائزة على المشهور، بخلاف لأشهب، فيما لم يحل ما فقول الناظم: فما اختلاف وحلول عمه يعني بالاختلاف، إما في الصفة كمحمدية ويزيدية، أو في الجنس كذهب وفضة وعلى الثاني يصدق قوله: «صرف ما في اللزمة»، ولو عبر بما يشمل الصرف والاختلاف في الصفة لكان أولى، وتقدم أن في ذلك ثمان عشرة صورة، الجائز من ذلك ما كان الدينان فيه حالين معاً، وعلى ذلك نبه بقوله: «وحلول عمه». وأما المختلفان في القدر، فالمقاصة فيهما ممنوعة كما تقدم، وهي تسع كما تقدم - أيضاً - ووجه منعها ما في ذلك من التفاضل في الجنس الواحد من العين، ولا تدخل هذه التسع في قوله: فما اختلاف وحلول عمه لأن المراد به الاختلاف في الجنس أو الصفة، فهو الذي يفصل فيه كما تقدم، أما في القدر فممنوع مطلقاً، وأما المتفقان في الجنس والصفة والقدر، وهي تسع كما تقدم قريباً، فالحكم فيها الجواز اتفاقاً في الحالين، لقوله:

وفي اللذين في الحلول اتفقا على جواز الاتصاف اتفقا

والجواز على المشهور في المؤجلين معاً أو أحدهما، والمنع لأشهب وهو قوله:

وفي تأخر الذي يماثل ما كان أشهب بمنع قائل

وقد اجتمع من الصور ست وثلاثون، وتسع في المختلفين جنساً، وتسع في المختلفين صفة، وتسع في المختلفين قدراً، وتسع في المتفقين جنساً. وصفة وقدرا.

وذلك في العرضين لا المثلين حل بحيث حلا أو توافق الأجل

تكلم في هذا البيت على ما إذا كان الدينان عرضاً، وفي ذلك ست وثلاثون صورة كما تقدم؛ لأن العرضين إما أن يترتباً من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فهذه ثلاث صور، وفي كل منهما إما أن يتقفا في الجنس والصفة والقدر، أو يختلفا في الجنس أو في الصفة أو في القدر، فهذه اثنتا عشر صورة، وفي كل منها إما أن يكونا حاليين أو مؤجلين، أو أحدهما حال والآخر مؤجل؛ يجتمع ست وثلاثون صورة، فأخبر في هذا البيت أن العرضين إذا كانا مختلفين، ولذلك قال: «لا المثلين» كما لو كان لأحدهما قبل الآخر ثوب، وللآخر على صاحبه فرس؛ فإن المقاصة جائزة، لكن إذا حل الدينان معاً أو لم يحلا وأجلهما متفق، كان يكون أجلهما معاً شهراً مثلاً، سواء اتفقا على الشهر ابتداءً أو كان أحدهما لشهرين، ومضى له شهر ثم أوقعا المعاملة الثانية لشهر، فتجوز المقاصة الآن؛ لاتفاق باقي الأجلين، والله أعلم. وأشار بذلك لقول ابن سلمون: وإن كان ما لأحدهما قبل الآخر عرضاً، خلاف عرض صاحبه غير طعام، فالمقاصة جائزة، إن كانا حاليين أو مؤخرين إلى أجل متفق، وإن كانا لأجلين مختلفين لم تجز المقاصة، سواء كان ذلك من قرض أو بيع في العين والعرض، والحكم في ذلك واحداً هـ. ومفهوم قوله حلا أو توافق الأجل، أنهما إذا لم يحلا، ولكن أجلهما مختلف، كان يكون أحدهما لشهر والآخر لشهرين، فإن المقاصة لا تجوز الآن، وانظر الحكم إذا حل أحدهما هل تجوز المقاصة الآن أم لا؟ وأما قبل حلول القريب منهما فلا تجوز؛ لكونهما لأجلين مختلفين، ويدخل في العرضين غير المثلين سبع وعشرون صورة؛ لأن الاختلاف إما في الجنس، أو في الصفة، أو في القدر، وفي كل منهما إما من بيع، أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض. فهذه تسع صور، وفي كل منها إما حالاً أو مؤجلان، أو أحدهما حال والآخر مؤجل، فهذه سبع وعشرون صورة، الجائز منها ما كانا حاليين أو مؤجلين لأجل متفق، وفهم من قوله: «لا المثلين» أن العرضين إذا كانا متماثلين يعني في الجنس والصفة والقدر فإن المقاصة جائزة مطلقاً لا يقيد حلولهما، أو توافق أجلهما، بل تجوز سواء كانا من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض وسواء حلا معاً أو لم يحلا، أو حل واحد فقط، فالصور التسع كلها جائزة قال الشيخ بهرام في فصل المقاصة وتجوز في العرضين مطلقاً إن اتفقا جنساً وصفة فقوله وذلك أي «المقاصة» المعبر عنها في البيت قبله «بالانصاف»؛ ولذلك أتى باسم الإشارة مذكراً وحل أي جار خبر عن اسم الإشارة. ابن سلمون: وإن كان ما لأحدهما قبل الآخر عرضاً، خلاف عرض صاحبه غير طعام، فالمقاصة جائزة، إن كانا حاليين أو مؤخرين إلى أجل متفق، وإن كانا لأجلين مختلفين لم تجز المقاصة، سواء كان ذلك من قرض أو من بيع في العين، والعرض، الحكم في ذلك واحد.

وفي توافق الطعامين اقتضي حيث يكونان معاً من سلف
وفي اختلاف لا يجوز إلا إن كان كل منهما قد حلا

تكلم في البيتين والأربعة بعدهما على ما إذا كان الدِّينان طعاماً، وتقدم غير مرة أن في ذلك ستاً وثلاثين صورة، وتعرض في البيتين لما إذا كان الطعامان من سلف، ويتصور فيه اثنتا عشرة صورة؛ لأنهما إما متفقان في الجنس والصفة والقدر، أو مختلفان في الجنس أو في الصفة أو في القدر، فهذه أربع صور، مضرورية في أحوال الأجل الثلاث باثني عشر، وحاصل البيتين أن الطعامين من سلف إن كانا متفقين فالمقاصة جائزة، حلاً أو لم يحل، أو حل أحدهما، وإن كانا مختلفين لا تجوز؛ إلا إذا حلا معاً، وكأنه أشار بالبيتين لقول ابن سلمون: وإن كان الدِّينان طعاماً من قرض وكانا متفقين، مثل أن يكون لأحدهما على الآخر حنطة سمراء، وللآخر مثلاً فالمقاصة جائزة حاليين أو مؤخرين، أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء، وللآخر محمولة لم تجز المقاصة هـ. أن يكون معاً حاليين فيكون بدلاً وإلا فلا هـ. ونحوه في الشارح، وصرح بأن الاتفاق في البيت المراد به في الصفة، وذلك يستلزم الاتفاق وبالاتفاق في الجنس، وكذا في القدر، لأن الاتفاق إذا أطلق في المحل يراد به في الثلاثة، وإذا فسّر الاتفاق بالاتفاق في الجنس والصفة والقدر، فيفسر مقابله وهو الاختلاف، بالاختلاف في الجنس أو في الصفة أو القدر فتسجور المقاصة، في أوجه الاختلاف، والثلاثة إن حلا معاً ويزاد على اشتراط الحلول فيهما معاً في مسألة الاختلاف في القدر، أن محل الجواز إن كانت في مقدار الدين لا في أكثر لمنع الزيادة في القرض، والله أعلم ابن سلمون: وإن كان الدِّينان طعاماً، فإما أن يكونا من قرض أو من بيع، أو أحدهما من قرض والآخر من بيع. فإن كانا من قرض وكانا متفقين، مثل أن يكون لأحدهما على الآخر حنطة سمراء، وللآخر مثلاً فالمقاصة جائزة، حاليين أو مؤخرين، أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء وللآخر محمولة لم تجز المقاصة، إلا أن يكونا معاً حاليين؛ فيكون بدلاً، وإلا فلا، وإن كانا من بيع، فإن اختلفا أو اختلفت رموس أموالهما، أو كانا مؤخرين لأجلين مختلفين، لم تجز المقاصة، إلا أن يكون الأجلان متفقين، فمنع ابن القاسم المقاصة، وأجار أشهب.

وإن يكونا من مبيع وقع فيه بالإطلاق اختلاف امتنع
وفي اتفاق أجلي ما اتفقا هو لدى أشهب غير متفق

تعرض في البيتين لما إذا ترتب الطعامان من بيع، وفي ذلك اثنتا عشرة صورة، كالدين من سلف كما تقدم قريباً، والصورة كلها ممنوعة على المشهور، فأشار الناظم لمنع المقاصة في الطعامين المختلفين في جنس أو صفة، أو قدر حلاً أو لم يحل، أو حل أحدهما،

بقوله: «وأن يكون من مبيع البيت، وعلى أوجه الاختلاف المذكور وأوجه الأجال، أشار بالإطلاق ويدخل في ذلك تسع صور، وأشار لحكم الصور الثلاث الباقية، وهي إذا اتفق الطعامان جنساً وصفةً وقدرًا، ولم يحلّ أجلهما ولكنّ أجلهما متفق، وهو الجواز لأشبه؛ لأنّه قاله بقوله:

وفي اتفاق أجلي ما اتفقا هو لدى أشبه غير متقى

ومفهومه المنع لغيره، وهو مذهب ابن القاسم، وكذا يجوز عند أشبه إذا حلا معاً - والله أعلم - . ومفهومه أنّه إذا لم يحلّا ولم يتفق أجلهما فالمنع وهو كذلك، وتقدم قول ابن سلمون وإن كانا - أي الطعامان - من بيع، فإن اختلفا أو اختلفت رهوس أموالهما، أو كانا مؤخرين لأجلين مختلفين لم تجز المقاصة، إلا أن يكون الأجلان متفقين، فمنع ابن القاسم المقاصة، وأجازها أشبه اهـ.

وشروط ما من سلف وبيع حلول كل واتفاق النوع

والخلف مع تأخير ما كانا ثالثها من سلم قد حانا

تعرض في البيتين لما إذا ترتب أحد الطعامين من بيع، والآخر من سلف، وفي ذلك اثنتا عشرة صورةً أيضاً، لأن الطعامين إما متفقان جنساً وصفةً وقدرًا، وإما مختلفان صفةً أو جنساً أو مقدارًا، فهذه أربع صورٍ كلّ واحدةٍ إما مع حلول الأجل فيهما أو مع عدمه فيهما، أو مع حلول أحدهما فقط، وأخير الناظم في البيت الأول، أنّ شرط جواز المقاصة فيما كانا من سلف وبيع حلول أجل كلّ منهما واتفاقهما في النوع، ومفهومه أنّ ما اختلف فيه الشرطان أو أحدهما لم تجز فيه المقاصة، فإن اختلف شرط اتفاق النوع لم تجز، قال الشارح: «وذلك صحيح» قلت: ولذلك اكتفي عنه بالمفهوم. وإن اختلف شرط الحلول فيهما بأن كانا مؤجلين، أو أحدهما فقط ففيه ثلاثة أقوال، الأول: المنع لابن القاسم تأخر أجلهما، أو تأخر أجل القرض أو أجل السلم الثاني: لأشبه الجواز مطلقاً والثالث: الجواز إن حلّ السلم، والمنع إن لم يحلّا معاً أو حلّ أجل القرض دون أجل السلم، وعلى التعميم في محلّ الخلاف بين أن يتأجلا معاً. أو أحدهما، نية الناظم بقوله: «ما كان»، أي سواء كان التأخير في واحد أو في اثنين، ثالثها - تجوز المقاصة إن حلّ أجل السلم قال ابن سلمون: وإن كان الدينان طعاماً، وكانا من بيع وقرض، فإن لم يختلفا وكانا حاليين جازت المقاصة، وإن اختلفا لم تجز بوجه، وإن كانا مؤخرين أو أحدهما فثلاثة أقوال المنع لابن القاسم، والجواز لأشبه والثالث - أنّه إن كان السلم حالاً جازت وإلا فلا.

فصل في الحوالة

وامنع حوالة بشيء لم يحل وبالذي حلّ بإطلاقٍ أحل
وبالرّضا والعلم من محال عليه في المشهور لا تبال
ولا يجوز أن يحال إلا فيما يجانس لدين حلا
ولا تحل بأحد التّقليدين في ثانيهما إلا إن القبض اقتفي
وفي طعام ما إحالة تفي إلا إذا كانا معاً من سلف
وفي اجتماع سلم وقرض يشترط الحلول في ذي القبض

(ابن الحاجب) الحوالة نقل الدين إلى ذمة تبرا به الأولى، وفي التلقين الحوالة: تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرا به الأولى. التوضيح: قال عياض وغيره: هي مأخوذة من التحوك من شيء إلى شيء؛ لأن الطالب تحوّل من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه وهي محمولة على التّدب عند أكثر شيوخه، (وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت) بيع الدين ا هـ، ولها شروط.

أولها: أن يكون الدين المحال به حالا، فإن كان لم يحلّ لم تجز الإحالة وإذا كان حالا

فصل في الحوالة

(ص): وامنع حوالة بشيء لم يحل. إلى آخر الآيات الستة. قوله: (ابن الحاجب إلخ) ابن عرفة قال ما نصّه: الحوالة طرح دين عن ذمة بمثله في أخرى ولا ترد المقاصة إذ ليست طرحاً بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له انتهى. قوله: (وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت إلخ) عبارة عياض في تنبيهاته هي قوله ما نصّه: والحوالة محمولة على التّدب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الوجوب، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الدين بالدين ومن بيع العين بالعين غير يد بيد إلخ. وفي التوضيح عن الباجي أن الحوالة ليس حكمها حكم البيع وهي عنده من باب النقل، وذهب أهل الظاهر إلى الوجوب في القبول في الحوالة إلخ. وما ذكره عن الباجي انظر بيانه في الشرح فإنه كلام حق والعلم عند الله تعالى، والأمر بالقبول عورض بحديث المؤمنون عند شروطهم، وصاحب الحق شرط القبض من مدينه بحسب ظاهر المعاملة، ولذلك تردد وأهل القبول واجب أو مندوب أو مباح؟ وقوله: الظاهرية هو بشرط أن يكون المحال عليه ملياً كما في ابن الأثير.

قوله: (أولها إلخ) إنما كان شرط حلول المحال به لحديث: مطل الغني ظلم ومن أتبع فليتب، والظلم في المطل إنما يكون مع حلول الدين، وحاصل ما ذكروه في حكم المطل أنه حرام

جازت الإحالة، سواء حلّ الدين المحال عليه، أو لم يحلّ؛ وإليه أشار بقوله: وبإلذّي حلّ بإطلاق أحلّ ومراده بإطلاق حلّ المحال عليه أو لا قال في التوضيح: لأنّه إذا انحلّ على ما لم يحلّ؛ كان ذلك زيادةً في المعروف أ. هـ. أي وهو جائز، وهذا في غير الطعامين، كما يأتي في الشرط الرابع أنّه لا بدّ من حلولهما معاً إلا إن كانا من قرض، وإن كان المحال به غير حالّ لم تجز الإحالة، وعليه نبّه بقوله: وامنع حوالة شيء لم يحلّ الثاني: رضا المحيل والمحال فقط، دون رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور وقد نبّه الناظم على الشرط بقوله: وبالرضا والعلم البيت، إذ يفهم من حكمه بعدم المبالاة برضا المحال عليه، وعلمه أنّه يعتبر رضا غيره وهو المحيل والمحال، قال في التوضيح: ولا خلاف في اشتراط رضا المحيل؛ لأنّ الحقّ متعلّق بذمته، فلا يجبر على أن يعطيه من ذمّة أخرى، وأمّا رضا المحال فهو مبنيّ على مذهب الجمهور، من عدم وجوب قبول الحوالة، وأمّا على مذهب أهل الظاهر فلا؛ لوجوب ذلك عليه، وأمّا رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور وحكي ابن شعبان قولاً باشتراط رضاه، والأوّل أظهر وعلى المشهور، (فيشترط في ذلك السلامة من العداوة) قاله مالك: أ. هـ. الثالث: - أن يكون الدين المحال به مثل الدين المحال عليه، في القدر والصفة، قال في التوضيح: وهو أن يكونا متجانسين كذهب وذهب، وفضة وفضة، ولا تجوز الإحالة بذهب على فضة، ولا العكس ومتماثلين في العدد والصفة أ. هـ. أي فلا

بلا خلاف عند القدرة على الأداء، وفيه كلام ذكرناه في الشرح، وحديث من أتبع فليتبّع الأوّل على وزن أرسل مبنيّاً للمفعول، والثاني على وزن فليفرح من أتبعه إذا جعله تابعاً هكذا ضبطه ابن الأثير، أي من طلب منه أن يكون تابعاً فليتبّع من تبع كعلم فافهم.

قوله: (فيشترط في ذلك السلامة من العداوة إلخ) قال ابن سلّمون: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء، وكذلك لا يشترط علمه وحضوره على المشهور أ. هـ. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أن الخلاف في رضا المحال عليه، والثاني أن الراجح والمشهور هو شرط حضور المحال عليه لا كما قاله ابن سلّمون، وذلك المشهور الذي ذكره هو خلاف المذهب، وقد بينّا ذلك في الشرح غاية، ومن تبع ابن سلّمون لم يصب كائناً من كان، وإنّما لم يذكر الشيخ خليل المذهب هنا لأنّ هذا من بيع دين على غائب أو في حكمه، وقد تقدم ذلك في قوله: ومنع بيع دين ميت وغائب إلخ. قوله الثالث أن يكون الدين المحال به إلخ، هذا هو قول المختصر عاطفاً على شروط صحة الحوالة ما نصّه: وتساوي الدينين قدرًا وصفة، وفي محوله على الأدنى تردد، وأن لا يكونا طعامين من بيع إلخ. وحاصل ما نقلناه على مسألة الطعام من المقدمات إن كان الطعامان من بيع فالمنع مطلقاً من غير قيد أصلاً أي حلاً أو لم يحلّا، أو أحدهما استوت رهوس أموالهما أم لا على مذهب ابن القاسم، وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحوالة إن حلا معاً عند ابن القاسم، وعند مالك وأصحابه لا يشترط إلاّ حلول المحال به كما إذا كان من قرض، قال ابن عرفة: واختار ما قاله مالك وأصحابه ابن يونس وقال قبل هذا ما نصّه: وفيها طعاماً القرض

يجوز أن يحيل دينار على دينارين، ولا بالعكس، لأنه ذهبٌ بذهب متفاضلاً، وأما الإحالة بدینار على من لك عليه ديناران، على أن يأخذ المحال من المحال عليه ديناراً أو يترك الدينار الآخر فهذا جائز، ويجوز أن يحتال بالأعلى على الأدنى، كما لو كان له فضةٌ محمّدية، فأحيل على يزيدية، ولا يجوز أخذ الأعلى عن الأدنى قال في التوضيح: صرح بذلك غير واحد، وإلى هذا الشرط أشار بقوله ولا يجوز أن يحال إلا البيت، ولما كان هذا يقتضي منع الإحالة بذهبٍ عن فضةٍ، وبالعكس نبه على أن ذلك يجوز بشرط القبض في الحال، ولا يجوز بتأخير بقوله: ولا تحل بأحد التقدين في ثانيهما البيت قال في التوضيح: وكذلك إن كان أحدهما ذهباً والآخر فضةً، فلا يحيله به وإن حلا، إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاثة، وقبل طول المجلس اهـ. الرابع: يشترط أن لا يكون الدينان طعاماً من سلم، فلا تجوز الإحالة حيثل سواء حلا أو لا، فإن كانا من سلف جازت الإحالة، وعلى ذلك نبه بقوله: وفي طعام ما إحالة تفي فما «نافية»، «وتفي» مضارع وفي، أي: لا تصح ولا تتم الإحالة إلا إذا كانا معاً من سلف ففهم منه أنها لا تصح إذا كانا معاً من غير سلف وهو البيع أي السلم فإن كان أحدهما من بيع والآخر من سلف جازت إن حلا معاً وعلى ذلك نبه بقوله وفي اجتماع سلم وقرض البيت مراده بلدي القبض الدين المقبوض حساً وهو ما على المحال عليه وكذا يشترط حلول الدين للمحال به ولا إشكال إلا أنه لما قدم اشتراط الحلول في المحال به لم يفتح إلى إعادته ولما قدم أنه لا يشترط حلول المحال عليه وهو مشروط في الإحالة في الطعامين أحدهما من بيع والآخر من سلف احتاج إلى التنصيص عليه ولم يسعه السكوت عنه وعلى ذلك نبه بقوله وفي اجتماع سلم وقرض البيت قال في التوضيح: عن صاحب المقدمات والتنبيهات يشترط أن لا يكون الدينان طعاماً ومن سلم سواء حلا أم لا لئلا يدخله بيع الطعام قبل قبضه وسواء كان الطعامان متفقين أم لا استوت رموس الأموال أم لا وأجاز أشهب إذا اتفقت رموس الأموال واتفق الطعامان تشبيهاً بالتولية فإن كان الطعامان من قرض جار وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحوالة عند ابن القاسم بشرط حلول الطعامين معاً وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه إلا ابن القاسم جواز الحوالة بشرط حلول المحال به خاصة اهـ وفي التمهيد ومن له عليك طعامٌ من سلم فأحلته على طعام لك من قرض أو كان الذي له عليك من قرض فأحلته على طعام لك من بيع أو قرض قد حلّ أو دفعت إليه دراهم يستاع بها طعاماً يقبضه من حقه فذلك كله جائز اهـ من الشارح.

كالعرضين ومنعها في طعامي السلم مطلقاً. ابن القاسم فيها الصقلي عن أشهب: ولو حلا إلا أن تتفق رموس أموالهما إلخ.

(الخامس): يشترط أن تكون الحوالة على أصل دين ابن الحاجب في تعداد شروط الحوالة ومنها أن يكون على المحال عليه دين للمحيل قال في التوضيح لأن حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دين لأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة الباجي فإن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا هـ ولم يصرح الناظم بهذا الشرط ولكنه يستروح من اشتراط حلول الدين به دون المحال عليه أن الدين حاصل لا محالة إذ الكلام على حلوله وعدم حلوله فرع وجوده وكذا يفهم ذلك من لفظ الحوالة كما تقدم قريباً عن التوضيح والله أعلم تفريع: فلو أحاله على من لا شيء له عليه رجوع المحال على المحيل إلا أن يعلم المحال أن المحيل لا شيء له على المحال عليه واشتراط المحيل على المحال البراءة فلا رجوع له على المحيل قال في التوضيح هكذا قال ابن القاسم في المدونة وحصل ابن زرقون فيها خمسة أقوال: الأول: لابن القاسم: لا رجوع له على المحيل انتهى محل الحاجة منه.

تنبيهان: الأول: للحوالة شروط صحة فلا يجوز ولا تصح بدونها وهي الخمسة المذكورة وشروط لزوم وهو أن لا يغرّه بفلس علمه وحله من غريمه قال في المدونة: ولو

قوله: (الخامس إلخ) هذا فيه كلام كثير واسع وهو قول المختصر عاطفاً على الشروط وثبوت دين لازم فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صح، وهل إلا أن يفلس أو يموت أو يبلان، وحاصل التقرير الحق في كلام المختصر أن ضمير صح في قول المتن عائد على الإبراء المفهوم من قول المصنف وشرط البراءة، ودلّ قوله: وهل إلخ على أن منعى صح مضمن معنى اللزوم، إذ قوله المتن وهل إلخ إنما هو في اللزوم، هذا هو التقرير المطابق لكلام المدونة، وأنى المصنف بهذه المسألة وإن كانت من باب الحمالة لا اشتراكها مع الحوالة في براءة من عليه الدين، والمسألة من باب الحمالة قطعاً بدليل كلام الناس والمصنف ونبه على الحكم الشرعي وهو صحة الإبراء ولزومه، ويدل على أن هذه حمالة من كلام المتن أمور منها قوله: أو وثبوت دين، ومنها أنه لم يقل صحّت مع تقدم لفظ الحوالة، ومنها قوله: وإن أفلس إلخ، وما يأتي قولهم هذه حمالة وتسميتها حوالة مجاز، والمصنف بريء في مختصره من هذا فإنه لم يقبل في الفروع حوالة ولا حمالة، والفرق إنما يصح بحضور من أعلم أنه لا دين عليه والتزم بإعطاء الدين بدليل قول المدونة: سبيل هذه المسألة سبيل الحمالة، والحمالة إنما تكون بالتزام المتحمل، وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: فإن لم يكن للمحيل دين على المحال عليه فلا يبرأ المحيل من تباعة المحال، وتكون هذه الحوالة كالحمالة وهي أقوى من الحمالة في هذا الوجه خاصة بأن يقول رجل لرجل: استحلّ عليّ بمالك على فلان دون فلان أن يكون قبل المستحال عليه شيء ومزق ذكر الحق الذي لك قبل فلان وأنا أضرمه لك ويكون هذا كالحمالة إلخ، وهذا منه بلفظه فاستعن به على ما ذكرناه، وقد حركت في فهم المتن عثام ولم تحصل على طائل، ولكن إنما يظهر لك صحة ما ذكرناه إلا إذا وقعت على الشرح والله الهادي وعليه اعتمادي إنه رءوف رحيم جواد وكريم.

قوله: (تنبيهان الأول إلخ) هذا قال فيه في المختصر: ويتحول من المحال على المحال عليه

غرّك من عدم يعلمه بغريمه أو بفلس فلك طلب المحيل ولو لم يغرّك أو كتتما عالين بفلسه كانت حواله لازمة لك الثاني: فائدة الحواله وحكمها قال ابن زرقون وأما حكمها فهو براءة المحيل من دين المحال وتحول الحق إلى المحال عليه وبراءة المحال عليه من طلب المحيل.



وإن أفلس أو جحد إلا أن يعلم المحيل بإفلامه فقط إلى آخره.

تم الجزء الأول



فهرس الموضوعات

رقم الصفحة

الموضوع

٣	تقديم
٤	ترجمة صاحب الشرح
٥	ترجمة صاحب الحاشية
١٦	بابُ القضاء وما يتعلق به
٢٦	فصل في معرفة أركان القضاء
٣٩	فصل في رفع المدعى عليه وما يلحق به
٤٣	فصل في مسائل من القضاء
٥٥	فصل في المقال والجواب
٥٩	فصل في الأجل
٦٣	فصل في الإعذار
٦٧	فصل في خطابِ القضاة وما يتصل به
٨٠	باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك
٩٥	فصل في مسائل من الشهادات
١١٠	فصل في أنواع الشهادات
١١٨	فصل
١٢٦	فصل
١٣٥	فصل
١٣٧	فصل
١٣٧	فصل في شهادة السماع

١٤٤	فصل في مسائل من الشهادة
١٥٣	باب اليمين وما يتعلق بها
١٧٦	باب الرهن وما يتعلق به
١٩٦	فصل في اختلاف المتراهنين
١٩٩	باب الضمان وما يتعلق به
٢١٧	باب الوكالة وما يتعلق بها
٢٣٦	فصل في تداعي الموكل والوكيل
٢٤١	باب الصِّلح وما يتعلق به
٢٤٧	فصل
٢٥٨	باب النكاح وما يتعلق به
٢٧٤	فصل في الأولياء وما يترتب على الولاية
٢٨٣	فصل فيمن له الإيجار وما يتعلق به
٢٩٣	فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به
٣٠٢	فصل في مسائل من النكاح
٣١٢	فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به
٣١٩	فصل في الاختلاف في القبض
٣٢١	فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق
٣٢٣	فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء
٣٢٧	فصل في الاختلاف في متاع البيت
٣٣١	فصل في إثبات الضرر والقيام به وَيَعْتِ الْحَكَمَيْنِ
٣٣٧	فصل في الرِّضاع
٣٤٣	فصل في عيوب الزوجين وما يردان منها

٣٦١	فصل في الإيلاء والظهار
٣٦٧	فصل في اللعان
٣٧٦	باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما
٣٨٧	فصل في الخلع
٤٠٢	فصل في الأيمان اللازمة
٤١٩	فصل في التداعي في الطلاق أي في النزاع عند الطلاق
٤٢٤	فصل
٤٣٠	فصل في الرجعة
٤٣٢	فصل في الفسخ
٤٣٥	باب النفقة وما يتعلق بها
٤٤٢	فصل في التداعي في النفقة
	فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات من النفقة وما يلحق
٤٤٦	بها
٤٥٨	فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها
٤٦٥	فصل في أحكام المفقودين
٤٧٠	فصل في الحضانة
٤٨٥	باب في البيوع وما شاكلها
٤٩٨	فصل في بيع الأصول
٥١٣	فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع
٥١٧	فصل في بيع الطعام
٥٢٣	فصل في بيع التقدين والحلي وشبهه
٥٢٧	فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

٥٣٢	فصل في الجائحة في ذلك
٥٣٨	فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان
٥٥٧	فصل
٥٦١	فصل في بيع الدين والمقاصة فيه
٥٨٢	فصل في الحوالة
٥٨٧	فهرس الموضوعات



أمام الباب الأخضر - سيدينا الحسين

٥٩٢٢٤١٠ - ٥٩٠٤١٧٥

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

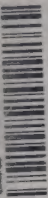
مكتبة

التوفيقية

مكتبة

التوفيقية

Bibliotheca Alexandrina



0680308